

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le contrat et les acteurs de la faillite

George, Florence

Published in:

Le juge et le contrat

Publication date:

2014

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2014, Le contrat et les acteurs de la faillite. Dans *Le juge et le contrat*. Groupe de recherche en droit des obligations, Numéro 5, La Chartre, Bruxelles, p. 575-635.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

XIV. Le contrat et les acteurs de la faillite

Florence George

Avocate

Assistante au Centre de droit privé de l'UCL

INTRODUCTION

1. Introduction. Lors de la survenance d'une situation de concours, le droit des contrats se trouve malmené. Les principes du droit des obligations sont, çà et là, dénaturés dans le but de mieux protéger tous les intérêts en présence. Le curateur, acteur clé de la faillite, se voit attribuer des pouvoirs élargis sur le contrat (Titre I). Par exemple, il peut décider, dans certaines conditions, de dissoudre la convention en faisant fi du principe de la force obligatoire du contrat. De même, certaines clauses pourront être privées d'effet au mépris du principe de la convention-loi. Il est encore loisible au curateur d'introduire certaines actions en inopposabilité du contrat. Une nouvelle sanction, la présomption de résiliation, fait également son apparition. Ces atteintes à la convention, bien qu'elles ne soient pas l'apanage des procédures collectives, témoignent d'un certain interventionnisme, justifié entre autres par des considérations économiques.

En parallèle, le législateur a instauré un système de surveillance et de contrôle du juge-commissaire (Titre II) et du tribunal de commerce (Titre III). Nous verrons que ces trois acteurs du droit de la faillite, que sont le curateur, le juge-commissaire et le tribunal de commerce, ont un rôle à jouer dans la formation, l'exécution et la dissolution des contrats.

TITRE I. LE CURATEUR

2. Plan. Dans un premier temps, c'est la personne du curateur qui retiendra notre attention (Chapitre 1). Nous présenterons brièvement cet acteur clé de la faillite en revenant sur sa désignation, son statut et sa mission (Section 1). Ensuite, les pouvoirs conférés à ce dernier dans l'exercice de ses fonctions seront abordés (Section 2).

Dans un deuxième temps, les imbrications entre droit des contrats et droit de l'insolvabilité seront analysées. L'angle d'approche adopté sera celui des prérogatives du curateur sur le contrat (Chapitre 2). Les étapes de la vie du contrat, notamment sa formation (Section 1), son exécution (Section 2) et sa dissolution (Section 3), seront mises en exergue.

CHAPITRE 1. UN ACTEUR DE LA FAILLITE

Section 1. Présentation

3. L'agent actif. L. Fredericq l'affirmait déjà il y a plusieurs dizaines d'années : « le curateur est l'organe essentiel de la faillite ; il en est l'agent actif »¹. La faillite du débiteur emporte le dessaisissement de ce dernier de l'administration de ses biens. Il appartient donc au curateur de pourvoir à cette situation².

4. Désignation. Conformément à l'article 11 de la loi sur les faillites³, le tribunal de commerce désigne dans son jugement déclaratif de faillite « un ou plusieurs curateurs, selon l'importance de la faillite ». La notion de curateur fut préférée à celle de syndic utilisée par nos voisins français. Les raisons de ce choix sont explicitées dans le commentaire de la loi du 18 avril 1851 abrogée en 1997 : « Le projet dit *curateurs* et non *syndics*, parce que cette dernière dénomination ne convient guère qu'à celui qui peut être considéré comme l'agent ou le délégué des créanciers, et parce qu'il propose de ne plus faire participer ces derniers à la nomination des administrateurs des faillites. La dénomination de curateur convient, en effet, à celui qui est institué par la puissance publique pour conserver et administrer des biens dont l'administration est forcément vacante par suite de dessaisissement dont le failli est frappé »⁴.

5. Statut. Le consensus dégagé sur la notion de « curateur » n'emporte toutefois pas l'unanimité sur son statut et sa qualification juridique. F. T'Kint et W. Derijcke concèdent d'ailleurs que « La position juridique du curateur est sans doute l'une des questions les plus délicates du droit de la faillite »⁵. « Représentant »⁶, « mandataire »⁷,

« ayant droit »⁸, « organe de la masse »⁹, « mandataire de justice »¹⁰, « auxiliaire de justice »¹¹ : le statut juridique du curateur a immédiatement animé doctrine et jurisprudence¹². Nous verrons que la question n'est pas sans intérêt pratique¹³ notamment, selon beaucoup d'auteurs¹⁴, pour déterminer en quelle qualité le curateur pose certains actes et, plus particulièrement, s'il est partie ou tiers au contrat.

La Cour de cassation privilégie actuellement la qualification de « mandataire de justice ». Ainsi, dans son arrêt du 29 octobre 1976¹⁵, la Cour décide, sans équi-

⁸ Voy. Cass., 20 avril 1939, *Pas.*, 1939, I, pp. 194-196. Voy. également P. COPPENS, « Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges », *R.C.J.B.*, 1961, pp. 126-128 ; P. COPPENS, F. T'KINT, « Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges », *R.C.J.B.*, 1974, pp. 379-380 ; P. COPPENS, F. T'KINT, « Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges », *R.C.J.B.*, 1979, pp. 314-331 ; P. COPPENS, F. T'KINT, « Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges », *R.C.J.B.*, 1984, pp. 457-458.

⁹ J.M. BISCHOFF, « Masse des créanciers. Personnalité morale », in R. HOUIN, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Paris, Sirey, 1962, pp. 485-488 ; A. HONORAT, « La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur », in X, *Etudes offertes à André Audinet*, Paris, Presses universitaires de France, 1968, p. 233 ; F. T'KINT, W. DERIJCKE, « L'avocat curateur : la fonction et l'organe », in *Liber amicorum Georges-Albert Dal. L'avocat*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 351-362.

¹⁰ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 310 ; J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 247.

¹¹ G. BOLARD, « La déontologie des mandataires de justice dans les faillites », *D.*, Chr. XLI, 1988, p. 265 ; J.-F. VAN DROOGHENBROEK, « Les déontologies des avocats investis de mandat de justice », in G. CLOSSET-MARCHAL, B. VANHAM (Dir.), *Mandataires de justice : déontologies et garanties procédurales*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 14 ; G. DE LEVAL, « Le juge et le mandataire de justice », *Ius et Actores*, 2/2008, p. 67 ; P. VAN RENTERGHEM, « La responsabilité des auxiliaires de justice à l'égard des tiers », *Ius et Actores*, 3/2008, p. 45.

¹² Voy. notamment A. VAN HOOREBEKE, « Des caractères juridiques de la fonction de curateur de faillite », *J.C. Fl.*, 1930, n° 5067 ; J. EGGENS, « Over de vertegenwoordigingspositie van den faillissementscurator », *W.P.N.R.*, 1940, n° 3684, pp. 329-332 ; W. VAN GERVEN, « La gestion du patrimoine d'autrui en droit belge et en droit comparé », note sous Civ. Termonde, 13 avril 1960, *R.C.J.B.*, 1963, pp. 131-145 ; E. DIRIX, « Het janushoofd van de curator », note sous Anvers, 13 février 1996, *R.W.*, 1996-1997, pp. 1162-1163 ; T. BOSLY, « Préjudice collectif ou individuel : un modèle adéquat pour délimiter les pouvoirs du curateurs et des créanciers d'agir en responsabilité contre un tiers ? », *R.C.J.B.*, 2000, pp. 27-58 ; W. DERIJCKE, « La position juridique que curateur : un entérinement d'une révolution taxinomique », obs. sous Cass. 29 octobre 2004, *Rev. Prat. Soc.*, 2004, pp. 159-162 ; F. T'KINT, W. DERIJCKE, « L'avocat curateur : la fonction et l'organe », in *Liber amicorum Georges-Albert Dal. L'avocat*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 351-362.

¹³ Voy. un exemple récent en droit judiciaire : Liège, 28 novembre 2013, *J.T.*, 2014, pp. 27-29 avec les observations de A. Hoc, « Remplacement du curateur de faillite, violation des droits de la défense et appel nullité », *J.T.*, 2014, p. 29.

¹⁴ E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, pp. 12-13 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, pp. 313-317 ; F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 309 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 344.

¹⁵ Cass., 29 octobre 1976, *J.C.B.*, 1977, pp. 107-109.

¹ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 307.

² F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 285.

³ Loi sur les faillites du 8 août 1997, *M.B.*, 28 octobre 1997. Cette loi succède à la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis (*M.B.*, 24 avril 1851).

⁴ P. J. MAERTENS, *Commentaire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis suivi d'un formulaire complet de tous les actes relatifs à cette matière*, Bruxelles, Librairie polytechnique d'Aug. Decq, 1851, p. 258.

⁵ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 309.

⁶ Voy. Cass., 7 février 1850, *Bull. et Pas.*, 1851, I, pp. 217-228 ; Cass., 3 novembre 1854, *Bull. et Pas.*, 1855, I, pp. 10-14 ; Cass., 17 mai 1883, *Bull. et Pas.*, 1883, I, pp. 240-242 ; Cass., 14 décembre 1899, *Bull. et Pas.*, 1900, pp. 59-61 ; Cass., 10 décembre 1925, *Pas.*, 1926, I, p. 106 ; Cass., 14 octobre 1963, *Pas.*, 1964, I, pp. 153-154 ; Cass., 20 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, pp. 1017-1018 ; Cass., 7 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1102.

⁷ Voy. Cass., 11 mai 1905, *Pas.*, 1905, I, pp. 216-220. Voy. également H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. V. *Les principaux contrats usuels (deuxième partie) Les biens (première partie)*, Bruxelles, Bruylant, 1975, pp. 361-362.

voque, que « Le curateur d'une faillite est un mandataire de justice et jouit nécessairement de la confiance des tribunaux »¹⁶. La Cour confirme sa position dans ses arrêts du 6 mai 1983¹⁷ (« als curator, gerechtelijk mandataris ») et du 16 février 1995¹⁸ (« un curateur qui, agissant comme mandataire judiciaire »). Cette jurisprudence est suivie par les juges du fond notamment les cours d'appel d'Anvers¹⁹ et de Liège²⁰ (« Overwegende dat de curator een gerechtelijk mandataris is » et « le curateur n'est pas l'organe d'une personne morale, mais un mandataire de justice ») et par la Cour constitutionnelle²¹ (« en sa qualité de mandataire judiciaire »). Cette thèse du mandat de justice n'est toutefois pas totalement satisfaisante²².

La lancinante question du statut du curateur ne semble pas encore avoir trouvé son dénouement²³. De nombreux auteurs n'ont cessé d'explorer des pistes²⁴. Une définition plus neutre consiste à considérer le curateur comme un tiers nommé par le tribunal dont les pouvoirs et la mission sont délimités par la loi.

6. Mission. « Le curateur est chargé de réaliser les biens et de les répartir : c'est sa mission principale. Il doit également administrer les biens du failli et les gérer »²⁵. On présente généralement la mission du curateur sous forme d'un triptyque : conservation, reconstitution et réalisation du patrimoine²⁶. A. Van Hoorebeke distingue également trois phases pour lesquelles il attribue respectivement au curateur différentes missions²⁷. Lors de la première phase, à savoir dès l'ouverture de

¹⁶ Traduction reprise dans le sommaire de la décision (Cass., 29 octobre 1976, *J.C.B.*, 1977, pp. 107-109).

¹⁷ Cass., 6 mai 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 712.

¹⁸ Cass., 16 février 1995, *Pas.*, 1995, pp. 182-184.

¹⁹ Anvers, 13 février 1996, *R.W.*, 1996-1997, pp. 1162-1163, note E. DIRIX.

²⁰ Liège, 14 janvier 1999, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13272.

²¹ C. Const., 11 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1208 et s., *J.T.*, 2009, pp. 551 et s. ; F. LAUNE, « Indemnité de procédure et mandataires de justice », *J.T.*, 2009, pp. 545-551.

²² Voy. P. VAN RENTERGHEM, « La responsabilité des auxiliaires de justice à l'égard des tiers », *Ius et Actores*, 3/2008, p. 44.

²³ Dans son arrêt du 4 février 2011, la Cour, plutôt que de poursuivre dans le droit fil de la qualification de « mandataire de justice », énonce que « le curateur exerce les droits communs des créanciers au nom de la masse » (Cass., 4 février 2011, n° C.09.0420, *R.W.*, 2011-2012, pp. 370-371, note J. VANANROYE). Elle réitère sa position adoptée plusieurs années auparavant (voy. Cass., 12 février 1981, *Pas.*, 1981, p. 639 ; Cass., 5 décembre 1997, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 20-27, note T. BOSLY ; Cass., 19 octobre 1999, *T.R.V.*, 2000, pp. 457-458, note J. VANANROYE).

²⁴ Voy. A. VAN HOOREBEKE, « Des caractères juridiques de la fonction de curateur de faillite », *J.C. Fl.*, 1930, n° 5067, p. 220 ; P. GÉRARD, « Observations sur la nature juridique des dettes et des créances de la masse des créanciers en cas de faillite », note sous Cass., 6 mai 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 735 ; T. BOSLY, « Préjudice collectif ou individuel : un modèle adéquat pour délimiter les pouvoirs du curateur et des créanciers d'agir en responsabilité contre un tiers ? », *R.C.J.B.*, 2000, p. 55.

²⁵ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 342.

²⁶ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 203.

²⁷ A. VAN HOOREBEKE, « Des caractères juridiques de la fonction de curateur de faillite », *J.C. Fl.*, 1930, n° 5067.

la faillite, le curateur se voit confier une mission de conservation et de sauvegarde du patrimoine²⁸. Dans un second temps, le curateur est chargé de « vérifier et d'admettre ou de contester les créances produites »²⁹. Dans la troisième et dernière phase, le curateur doit « déterminer et réaliser par des actions judiciaires l'intégralité de la masse des biens à partager entre les créanciers »³⁰.

Section 2. Pouvoirs

7. Aperçu. L'article 40 de la loi sur les faillites dispose que les curateurs « gèrent la faillite en bon père de famille, sous la surveillance du juge-commissaire ». « Les curateurs possèdent en général les pouvoirs les plus étendus pour remplir la mission qui leur a été confiée – quitte pour eux à obtenir l'autorisation soit du juge-commissaire, soit du tribunal dans le cas où cette autorisation est exigée »³¹. Tout d'abord, nous analyserons les pouvoirs étendus confiés au curateur par le législateur. Ensuite, un panorama des exceptions au principe des pouvoirs étendus du curateur sera rapidement brossé.

Sous-section 1. Principe : des pouvoirs étendus

8. Attribution de nombreuses prérogatives. Le législateur investit le curateur d'un nombre impressionnant d'obligations et de prérogatives dans le cadre de sa mission. La liste est longue³² : exécution des actes exigés pour la conservation des droits du failli contre ses débiteurs³³, inventaire des biens du failli³⁴, établissement d'un bilan³⁵, rédaction d'un mémoire³⁶, inscriptions hypothécaires³⁷, conservation des archives³⁸, prise de position sur le sort des contrats en cours³⁹, procès-verbaux de vérification de créances, poursuite éventuelle de l'exploitation du failli⁴⁰, introduction des actions en inopposabilité⁴¹, en libération de capital et en responsabilité contre les tiers ou les organes de la société⁴², action en récupération

²⁸ A. VAN HOOREBEKE, « Des caractères juridiques de la fonction de curateur de faillite », *J.C. Fl.*, 1930, n° 5067, p. 217.

²⁹ *Ibid.*, pp. 217-218.

³⁰ *Ibid.*, pp. 220-221.

³¹ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 318.

³² Voy. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 293-309.

³³ Article 57 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

³⁴ Article 43 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

³⁵ Article 54 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

³⁶ Article 60 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

³⁷ Article 57 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

³⁸ Article 45 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

³⁹ Article 46 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁴⁰ Article 47 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁴¹ Articles 17 et s. de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁴² Sur la base des articles du Code des sociétés.

des créances, consignation des sommes⁴³, vente des biens du failli⁴⁴, paiement de l'impôt⁴⁵, répartition des deniers⁴⁶, ...

9. Classification. On classe généralement les actes du curateur au sein de deux catégories. Ces dernières découlent en réalité de l'analyse du statut du curateur.

Une partie de la doctrine⁴⁷ s'accorde, bien qu'elle concède que l'analyse soit imparfaite, pour attribuer au curateur une double qualité. « Représentant du failli et des créanciers », « mandataire du failli et des créanciers », « curateur agissant aux droits du failli ou des créanciers », les expressions ne manquent pas lorsqu'il faut aborder la double casquette dont on affuble généralement le curateur. On distingue sur cette base les hypothèses où le curateur agit aux droits du failli, de celles où il intervient aux droits de la masse⁴⁸. Cette distinction revêt un intérêt non négligeable lorsqu'il s'agit de trancher des questions pratiques d'opposabilité voire de déterminer les recours ouverts au curateur⁴⁹.

L'étude du droit français de la faillite nous amène toutefois à reconsidérer cette division. À l'inverse du régime qui prévaut en droit belge, la personnalité ju-

ridique est, en France, reconnue à la masse des créanciers⁵⁰. Partant, différents auteurs français⁵¹ reconnaissent à la masse les droits suivants :

- « Les droits trouvés dans le patrimoine du failli » (droit de gage général sur l'ensemble des biens du failli, actions purement patrimoniales, continuation des contrats) ;
- « Les droits conférés par la loi personnellement à la masse » (droit de gage renforcé, droit de faire annuler les actes accomplis durant la période suspecte) ;
- « Les droits appartenant aux créanciers du failli » (action paulienne, demander aux administrateurs compte de leur mauvaise gestion).

Par analogie, une nouvelle catégorie pourrait être ajoutée à la classification opérée par les auteurs. Il s'agit de celle qui englobe les « droits conférés par la loi personnellement au curateur ». Il importe en effet de garder à l'esprit que, outre les actes qu'il accomplit au nom des créanciers et du failli, le curateur est investi de prérogatives propres⁵². Bien qu'elle existe en droit belge, cette catégorie n'a jamais été formalisée.

10. Délimitation. La question du statut du curateur ne nous retiendra pas davantage. Elle mériterait, à elle seule, de faire l'objet d'une contribution séparée. Notre étude se bornera à décrire le régime juridique applicable aux actes posés⁵³ par le curateur sans en contester les fondements.

Sous-section 2. Exceptions : un contrôle du juge-commissaire et du tribunal de commerce

11. Un principe balisé. Le curateur dispose de pouvoirs larges et étendus. Il bénéficie d'une grande latitude quant aux choix des actes à poser. Des balises viennent néanmoins circonscrire les pouvoirs du curateur. D'une part, les actes qu'il accomplit doivent s'inscrire dans le cadre de sa mission. Le curateur est en effet investi d'une mission par le tribunal dont les contours sont délimités par la loi. D'autre part, il devra toujours agir en bon père de famille⁵⁴.

12. Une volonté de contrôler les dérapages. De surcroît, la marge d'appréciation laissée généralement au curateur est limitée par plusieurs exceptions. Ces exceptions constituent la manifestation concrète du contrôle voulu par le législateur en matière de faillite. L'objectif est d'éviter les dérapages⁵⁵.

⁵⁰ Voy. Cass. fr., 17 janvier 1956, *J.C.P.*, 1956, II, 9601 note GRANGER cité par A. HONORAT, « La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur », in X, *Études offertes à André Audinet*, Paris, Presses universitaires de France, 1968, p. 235 et L. MATRAY, « Le principe de l'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in X, *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 22.

⁵¹ G. HÉREIL, L. MELLER, « La masse en matière de faillite, ses droits, ses obligations », *Revue générale de droit commercial*, 1938, pp. 59-78.

⁵² On pense par exemple à la vérification et à la contestation de créances (A. VAN HOOREBEKE, « Des caractères juridiques de la fonction de curateur de faillite », *J.C. Fl.*, 1930, n° 5067, pp. 218-219).

⁵³ La présente contribution s'attardera, de façon plus ciblée, aux contrats qui impliquent, de près ou de loin, le curateur.

⁵⁴ Article 40 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁵⁵ J.-P. LEBEAU, « La 'qualité totale' dans le contrôle des fonds de la faillite », *R.D.C.*, 2005, pp. 211-219.

⁴³ Article 51 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁴⁴ Article 100 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁴⁵ Article 272 du Code des impôts sur les revenus.

⁴⁶ Article 99 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁴⁷ F. T'KINT, W. DERUCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 309-310 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 344.

⁴⁸ Voy. la liste dressée par I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 344 :

« Le curateur a une double qualité et les actes qu'il posera le seront tantôt en sa qualité de gestionnaire du patrimoine du failli tantôt en qualité de représentant de la masse des créanciers (...).

Le curateur agit en sa qualité de représentant de la masse, lorsque, par exemple :

il agit ou se défend contre un créancier dont l'intérêt est opposé à celui de la masse (ce qui est le cas lorsqu'il conteste une créance) ;

il s'oppose à la demande de privilège ou à la revendication par un tiers d'un bien faisant partie de l'actif inventorié ;

il oppose à un cocontractant du failli le défaut d'accomplissement d'une formalité d'opposabilité aux tiers d'un contrat conclu avec le failli (tel le défaut de transcription d'un acte de vente d'un immeuble conclu avant la faillite) ;

il poursuit la reconstitution du patrimoine du failli sur base des inopposabilités de la période suspecte ;

il met en cause, sur une base extra-contractuelle, la responsabilité de certains tiers dont la faute a diminué l'actif ou augmenté le passif (...).

Le curateur agit aux droits du failli ou comme « représentant du failli » notamment lorsque :

il poursuit les activités commerciales ;

il accomplit les actes de conservation ou de réalisation des actifs ;

il exécute ou résilie les contrats en cours ;

il exerce l'*actio mandati* (...);

il agit à l'encontre des associés de la société faillie en libération du capital souscrit ;

il introduit un recours contre une taxation fiscale ;

il poursuit des procédures entamées avant la faillite. »

⁴⁹ L. HUMBLET, *Traité des faillites des banqueroutes et des sursis de paiement*, Bruxelles, Larcier, 1889, p. 134 ; F. T'KINT, W. DERUCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 309.

Ce contrôle s'effectue à plusieurs niveaux. Le premier contrôle se situe en amont. Il découle du choix du curateur. En effet, seules les personnes inscrites sur une liste établie par l'assemblée générale du tribunal de commerce peuvent être désignées curateur⁵⁶. En réservant aux avocats la fonction de curateur, le législateur a entendu poser un premier filtre⁵⁷.

Un second contrôle est opéré par le juge-commissaire (voy. *infra* Titre II, n° 63 et s.). L'article 40 de la loi sur les faillites prévoit que le juge-commissaire surveille le curateur dans l'exercice de sa mission tandis que l'article 35 précise que « le juge-commissaire est chargé spécialement d'accélérer et de surveiller les opérations, la gestion et la liquidation de la faillite ».

À côté de cette mission d'ordre général, le juge-commissaire se voit attribuer des tâches plus précises⁵⁸. Le juge-commissaire fait notamment rapport au tribunal⁵⁹ ; il transmet avec ses observations le mémoire du curateur au Procureur du Roi⁶⁰ ; il autorise certains actes du curateur⁶¹ ; il préside les assemblées des créanciers⁶² ; il participe à la descente sur les lieux⁶³ ; il dispose également d'un pouvoir de signature pour l'inventaire⁶⁴ et les procès-verbaux⁶⁵ ; ...

Un dernier contrôle est encore possible par l'intermédiaire du président du tribunal, du tribunal de commerce ainsi que du parquet. D'un côté, le président exerce une « mission générale de contrôle sur l'ensemble des mandats ouverts dans son arrondissement »⁶⁶. De l'autre, le tribunal siégeant en audience publique dispose non seulement d'un pouvoir général de vérification et de surveillance mais également de pouvoirs plus spécifiques⁶⁷. Parmi ces derniers, on relève la mise en place de mécanismes particuliers d'autorisation et d'homologation⁶⁸. Le Procureur du Roi n'est pas non plus démuné de pouvoirs. Il peut, sur le pied de l'article 36 de la loi sur les faillites, « assister à toutes les opérations de la faillite, consulter à tout moment le dossier de la faillite, prendre connaissance des livres et papiers du failli, vérifier sa situation et se faire donner par les curateurs tous les renseignements qu'il juge utiles »⁶⁹.

⁵⁶ Article 27 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁵⁷ Les avocats doivent justifier d'une formation particulière. Ils sont soumis à la déontologie du barreau et offrent à ce niveau des garanties supplémentaires. Les avocats ont également prêté serment d'obéir à la Constitution.

⁵⁸ Voy. I. VEROUSTRATE (dir.), *Traité pratique de droit commercial, Tome 2 Insolvabilité et distribution*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 337.

⁵⁹ Articles 31, 32 et 35 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁶⁰ Article 60 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁶¹ Articles 43, 48 et 51 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁶² Article 35 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁶³ Article 11 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁶⁴ Article 43 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁶⁵ Article 67 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁶⁶ J.-P. LEBEAU, « La 'qualité totale' dans le contrôle des fonds de la faillite », *R.D.C.*, 2005, p. 215.

⁶⁷ J.-P. LEBEAU, « La 'qualité totale' dans le contrôle des fonds de la faillite », *R.D.C.*, 2005, pp. 215-216.

⁶⁸ Voy. notamment les articles 47 et 58 de la loi sur les faillites.

⁶⁹ Article 36 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

CHAPITRE 2. LE CURATEUR ET LE CONTRAT

Section 1. Formation du contrat

13. Aperçu. L'étude de la formation du contrat appelle plusieurs observations. Dans un premier temps, nous reviendrons sur les effets du dessaisissement du failli en matière contractuelle. Ensuite, le curateur étant placé à la tête des affaires du failli, il apparaît légitime de s'attarder sur son pouvoir de contracter. Enfin, en présence de contrats conclus antérieurement à la faillite, nous nous interrogerons sur les possibilités pour le curateur d'en contester la validité.

Sous-section 1. Dessaisissement

14. Le dessaisissement du failli. L'article 16 de la loi sur les faillites prévoit qu'à compter du jugement déclaratif, le failli est dessaisi de l'administration de ses biens. L'objectif est d'éviter les abus⁷⁰ (diminution d'actif, augmentation du passif, faveurs accordées à certains créanciers, ...) dans le chef du failli⁷¹. Le dessaisissement vise uniquement l'administration des biens. Il n'enlève pas au failli sa qualité de propriétaire. La gestion et l'administration de son patrimoine sont cependant confiées au curateur. Ce dernier réserve l'actif du failli à l'apurement des créances⁷².

Ce dessaisissement entraîne, pour le failli, l'impossibilité d'exercer ses droits. Il ne peut plus « s'obliger, relativement aux biens existant au moment de sa faillite »⁷³. Les biens acquis par le failli postérieurement au jugement déclaratif échapperont également, sauf exceptions, à son administration⁷⁴. Si le failli contrevient à cette interdiction et contracte de nouvelles obligations, ces dernières seront inopposables à la masse⁷⁵. Cependant, le failli restera lié à l'égard de la personne avec laquelle il a traité⁷⁶.

⁷⁰ « Son fondement se trouve dans une présomption absolue et irréfutable de fraude, qui frappe toutes les opérations du failli » (L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 159).

⁷¹ E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 90 ; F. T'KINT, W. DERUCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 212.

⁷² F. T'KINT, W. DERUCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 212.

⁷³ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 159.

⁷⁴ E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 92.

⁷⁵ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 160 ; F. T'KINT, W. DERUCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 213 ; I. VEROUSTRATE (dir.), *Traité pratique de droit commercial, Tome 2 Insolvabilité et distribution*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 424.

⁷⁶ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 159.

L'un des principes fondamentaux du droit de la faillite qu'est le dessaisissement heurte déjà de plein fouet le droit des contrats. Par l'effet du dessaisissement, le failli cocontractant perd l'exercice de ses droits. D'un côté, il ne disposera plus d'aucun pouvoir de gestion et d'administration sur les contrats antérieurs. De l'autre, il lui est désormais interdit de souscrire de nouveaux contrats engageant son patrimoine. La violation de cette dernière interdiction est sanctionnée par l'inopposabilité à la masse⁷⁷.

15. Dessaisissement et incapacité. Le dessaisissement du failli n'emporte pas, à proprement parler, d'incapacité juridique du débiteur⁷⁸. Bien que certains auteurs utilisent le terme d'« incapacité relative »⁷⁹, la faillite n'entrave pas la capacité civile du débiteur⁸⁰. Ce dernier conserve les droits et les actions qui sont liées à sa personne⁸¹, il peut accomplir des actes conservatoires⁸² ainsi que demander à intervenir dans les procédures qui concernent l'administration de ses biens⁸³ et exercer une nouvelle activité⁸⁴. Le dessaisissement ne peut donc être analysé comme une incapacité. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une mesure de faveur à l'égard du failli mais bien d'un mécanisme de protection des intérêts de la masse⁸⁵.

Sous-section 2. Conclusion de nouveaux contrats

16. Principe. Le curateur est libre, dans le cadre de sa mission, de souscrire de nouveaux contrats. Les exemples ne sont pas rares. On en trouve lors de chacune des phases de sa mission. Ainsi, afin de sauvegarder le patrimoine du failli, le curateur souscrit généralement de nouveaux contrats d'assurance (assurance incendie de l'immeuble du failli, assurance vol, ...). S'il décide de poursuivre temporairement les activités commerciales du failli, en vertu de l'article 47, le curateur sera encore amené à former de nouveaux contrats (contrat de travail, contrat de vente de marchandises, contrat de sous-traitance, ...). Enfin, la réalisation du patrimoine du failli impliquera de nombreuses ventes mobilières et immobilières.

Lorsque le curateur s'engage contractuellement, il ne le fait pas à titre personnel.

⁷⁷ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, p. 160 ; F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 213.

⁷⁸ J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 229 ; A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV : les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 389 ; F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 225.

⁷⁹ A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV : les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 389 ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 10.

⁸⁰ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 225.

⁸¹ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 225 ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 3 et s.

⁸² M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 11.

⁸³ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 225.

⁸⁴ P. COPPENS, *Cours de droit commercial, 5^e volume, Les faillites et les concordats*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1985, p. 735.

⁸⁵ P. COPPENS, *Cours de droit commercial, 5^e volume, Les faillites et les concordats*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1985, p. 735 ; A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV : les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 389.

C'est la masse faillie tout entière qui sera tenue⁸⁶.

17. Exceptions (renvoi). La conclusion de certains contrats est parfois subordonnée soit à l'autorisation du juge-commissaire soit à une décision du tribunal. Nous esquisserons ci-après un rapide aperçu du régime et renvoyons pour le surplus aux titre II et III de la présente contribution.

18. Exceptions : le pouvoir du juge-commissaire. Premièrement, il appartient au curateur d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire pour la vente des objets sujets à déperissement⁸⁷ ainsi que pour la conclusion d'un contrat de transaction⁸⁸ (Voy. *infra* nos 69 à 83).

Ensuite, la vente des marchandises, effets mobiliers et immeubles est, quant à elle, soumise à d'autres formalités. L'article 75 de la loi sur les faillites impose au juge-commissaire de « convoque[r] le failli pour, en présence des curateurs, recueillir ses observations sur la meilleure réalisation possible de l'actif ». La vente, qui n'est pas expressément subordonnée à l'accord du juge-commissaire, doit cependant avoir lieu sous sa surveillance.

Enfin, la vente immobilière fait l'objet de dispositions spécifiques. D'un côté, l'article 100 de la loi sur les faillites dispose que « S'il n'y a pas de poursuites en expropriation des immeubles, commencées avant le prononcé du jugement déclaratif de faillite, les curateurs seuls sont admis à réaliser la vente. Le juge-commissaire ordonne la vente à la requête des curateurs ou d'un créancier hypothécaire ». De l'autre, l'article 1190 du Code judiciaire soumet la vente publique immobilière à l'autorisation du juge-commissaire.

19. Exceptions : le rôle du tribunal de commerce. Le rôle du tribunal de commerce n'est pas à négliger. Il dispose d'un pouvoir d'autorisation et d'homologation.

Le pouvoir d'autorisation du tribunal en matière contractuelle est limité. Il vise principalement la vente de gré à gré des immeubles qui dépendent de la faillite⁸⁹. La poursuite des activités du failli est également soumise à l'autorisation du tribunal, bien que cette autorisation ne vise pas chacun des contrats à conclure⁹⁰.

Le pouvoir d'homologation conféré au tribunal recouvre plusieurs hypothèses. Premièrement, conformément à l'article 58, alinéa 2 de la loi, « lorsque la transaction porte sur des droits immobiliers, ou quand son objet est d'une valeur indéterminée ou qui excède 12 500 euros, la transaction n'est obligatoire qu'après avoir été homologuée par le tribunal, sur le rapport du juge-commissaire ». Deuxièmement, l'article 75, § 4 prévoit également que « le tribunal peut dans le cadre de la liquidation de la faillite homologuer le transfert d'une entreprise en activité

⁸⁶ E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 69.

⁸⁷ Article 49 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁸⁸ Article 58, alinéa 1^{er} de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

⁸⁹ Article 1193ter du Code judiciaire.

⁹⁰ Article 47 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

selon des modalités conventionnelles dont l'exécution peut être poursuivie par les curateurs ou après la clôture de la faillite, par tout intéressé ».

20. Non-respect par le curateur des formalités imposées. Il arrive que le curateur néglige de requérir l'autorisation tantôt du juge-commissaire, tantôt du tribunal. L'acte posé sans l'autorisation requise est sanctionné de nullité⁹¹.

Sous-section 3. Remise en cause de la validité des contrats conclus par le failli

21. Validité des contrats conclus par le failli. En principe, les contrats conclus avant la faillite ne prennent pas fin par la survenance de cette situation de concours⁹². Une des conditions essentielles à la validité d'une convention⁹³ édictées par l'article 1108 du Code civil peut néanmoins faire défaut. La question se pose de savoir si le curateur est privé du bénéfice de l'action en nullité ouverte au débiteur failli.

22. Précision terminologique. Une précision terminologique s'impose. Il faut se garder de confondre action en nullité sur la base des articles 1108 et suivants du Code civil et ce qu'on appelait, par abus de langage, action en nullité sur le pied des articles 17 et suivants de la loi sur les faillites⁹⁴. Cette dernière constitue, à proprement parler, une action en inopposabilité sur laquelle nous reviendrons *infra* n° 29 et s. La validité du contrat se distingue de son opposabilité. Au stade de la formation du contrat, seule la question de la validité du contrat retiendra notre intérêt.

23. Action en nullité. Le titulaire du droit de critique à l'égard d'un contrat entaché d'une cause de nullité diffère selon que la nullité est qualifiée de relative ou d'absolue⁹⁵. Le contrat affecté d'une cause de nullité relative ne peut être remis en cause que par la personne qui mérite protection tandis que le contrat entaché d'une cause de nullité absolue est susceptible d'être critiqué par chacune des parties au contrat⁹⁶.

⁹¹ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fecheyrt, 1949, pp. 318 et 327; A. DISCART, « Het mandaat van de curator van een faillissement », *R.W.*, 1964-1965, col. 905; A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV : les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 622 et 638; A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 487-488, n° 666. Voy. également pour la vente, G. DE LEVAL, F. HERINCKX, *La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 226-227.

⁹² F. T'KINT, W. DERUCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 216 et s.; I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 476.

⁹³ Ces conditions sont le consentement, la capacité, l'objet, la cause et la licéité. Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations, Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 221.

⁹⁴ L'expression de « nullité » a été remplacée dans la loi du 8 août 1997 par celle d'« inopposabilité à la masse ». Elle était en effet considérée comme inadéquate et fautive (Y. DUMON, « La faillite et le concordat judiciaire. La réforme de 1997 (1^{re} partie) », *J.T.*, 1997, p. 791).

⁹⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations, Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 318.

⁹⁶ *Ibid.*

Il reste désormais à s'interroger sur la possibilité pour le curateur de diligenter pareille action en lieu et place du failli. La doctrine⁹⁷ n'est guère prolifique tandis que l'analyse de la jurisprudence ne permet pas de dégager de principes clairs⁹⁸. Si l'on suit la thèse de la double qualité du curateur, ce dernier bénéficie des actions ouvertes au failli et à la masse que ce soit en qualité de représentant ou mandataire. Par conséquent, d'après cette théorie, il n'y a aucun obstacle à ce que le curateur puisse diligenter l'action en nullité dont est titulaire le débiteur voire la masse⁹⁹. Nous avons toutefois pu prendre conscience de l'insuffisance de cette thèse qui semble s'effriter avec le temps (voy. *supra* n° 5). La mission de reconstitution du patrimoine du failli confiée au curateur pourrait à tout le moins justifier l'action en nullité ouverte au curateur.

Section 2. Exécution du contrat

24. Aperçu. La faillite marque également de son sceau l'exécution du contrat. Les dispositions du droit de la faillite, majoritairement d'ordre public, viennent contrecarrer les principes de liberté contractuelle et de convention-loi. À côté de la suspension des poursuites individuelles des créanciers, le droit commun des obligations est soumis à des aménagements. D'abord, le curateur est admis à se poser la question de l'opposabilité du contrat. Il est titulaire d'actions en inopposabilité propres au droit de la faillite. Ensuite, certaines clauses du contrat peuvent être privées d'efficacité. De plus, le juge-commissaire et le tribunal conservent un pouvoir d'autorisation.

Sous-section 1. L'opposabilité du contrat

A. VUE D'ENSEMBLE

25. Contexte. Avant même d'aborder la poursuite des contrats conclus par le failli, le curateur est confronté à la question de leur (in)opposabilité. À côté de l'analyse de la validité du contrat, le curateur examine cette question en vue, soit de faire valoir à l'égard du cocontractant du failli l'inopposabilité du contrat¹⁰⁰ soit d'introduire une action en déclaration d'inopposabilité.

De nombreuses hypothèses d'inopposabilité existent.

⁹⁷ Voy. A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV : les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 634, n° 2166.

⁹⁸ Dans l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 21 décembre 1999 (*Rev. Prat. Soc.*, 2000, p. 164), l'action est introduite par la société qui sera ultérieurement déclarée en faillite. Le curateur reprend en réalité l'instance. Dans l'arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 2004 (*Pas.*, 2004, liv. 9-10, pp. 1513 et s.), l'action en nullité n'est pas intentée par l'une des parties au contrat mais par l'État belge vu la fraude à la taxe sur la valeur ajoutée.

⁹⁹ A. CLOQUET estime en effet que « Si la nullité frappe un acte concernant des droits purement patrimoniaux, il appartiendra dans ce cas au curateur de poursuivre la nullité comme organe de la masse » (*Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV : les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 634, n° 2166). Voy. également A. HONORAT, « La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur », in X, *Études offertes à André Audinet*, Paris, Presses universitaires de France, 1968, p. 236.

¹⁰⁰ Par exemple, lorsque le curateur s'oppose à l'admission d'une créance.

Premièrement, le droit commun conditionne l'opposabilité de certains contrats au respect de formalités. On vise ici principalement les actes de mutation immobilière¹⁰¹.

Deuxièmement, les articles 17 à 21 de la loi du 8 août 1997 consacrent, en droit de la faillite, plusieurs cas d'inopposabilités de droit et d'inopposabilités facultatives. On pointe, au sein de ces articles, l'article 20¹⁰² qu'on peut assimiler à une transposition de l'action paulienne. Ce dernier peut être invoqué même si les actes ont été effectués avant la période suspecte.

Enfin, la thèse de la double qualité du curateur suscite également de nouvelles questions. Le curateur invoquant sa qualité de tiers aux contrats valablement conclus par le débiteur failli, peut-il se dégager des obligations qui en découlent même si l'opposabilité du contrat n'est pas surbordonnée à l'accomplissement de formalités ?

26. Délimitation. Plutôt que de plonger dans les abîmes de cette dernière controverse qui augure de longs développements théoriques, seules les opportunités pratiques offertes au curateur dans le cadre d'une faillite seront brièvement rappelées. D'une part, le curateur peut se prévaloir des inopposabilités de droit commun (B). D'autre part, il lui est loisible, sans pour autant y être tenu, d'invoquer les inopposabilités prévues aux articles 17 et s. de la loi sur les faillites et d'agir en déclaration d'inopposabilité d'actes accomplis en fraude des droits des créanciers (C).

B. LES INOPPOSABILITÉS DE DROIT COMMUN

27. Opposabilité du contrat. En droit commun, le principe est l'opposabilité de plein droit, *ipso facto*, du contrat aux tiers du seul fait de l'échange des consentements¹⁰³. En tant qu'élément de fait, le contrat est toujours opposable aux tiers¹⁰⁴. Le contenu obligationnel du contrat ne peut cependant, sauf exceptions, venir affecter les droits de tiers¹⁰⁵.

L'opposabilité de certains contrats est cependant parfois conditionnée au respect d'un formalisme de publicité¹⁰⁶. Les exemples les plus courants appartiennent aux

¹⁰¹ Voy. *infra* n° 27 et note de bas de page n° 107.

¹⁰² L'article 20 dispose : « Tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont inopposables, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu ».

¹⁰³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1. *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 864, n° 923. Voy. Cass., 28 février 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, p. 887, *Bull.*, 1985, p. 795, *J.T.*, 1986, p. 578, note F. T'KINT, *Pas.*, 1985, I, p. 795, *R.C.J.B.*, 1987, p. 571, note A. LIMPENS, *R.W.*, 1985-86, p. 997, note E. DIRIX, *R.D.C.*, 1985, p. 377, note.

¹⁰⁴ I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 477 ; P. WÉRY, *Droit des obligations* Vol. 1. *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 803, n° 840.

¹⁰⁵ I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 477 ; P. WÉRY, *Droit des obligations* Vol. 1. *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 803, n° 840.

¹⁰⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1. *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 864, n° 923.

actes de mutation immobilière¹⁰⁷. Les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers (hors hypothèques et privilèges), en vertu de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, doivent être transcrits au registre du bureau de la conservation des hypothèques. À défaut d'être accompagnés de cette mesure de publicité, ces actes ne pourront être opposés *erga omnes*. On pense également aux baux de plus de neuf ans, aux cessions de créances, à l'établissement d'hypothèques (art. 81 de la loi hypothécaire), ...

28. Inopposabilité du contrat au curateur. Le curateur peut-il se prévaloir de l'inopposabilité des contrats qui ne revêtent pas les formes légales d'opposabilité aux tiers ? Pour y répondre, il est indispensable de déterminer préalablement si le curateur peut être qualifié de « tiers » au contrat.

A. Cloquet allègue que le curateur agit aux droits de la masse « lorsqu'il oppose à celui qui se prévaut d'un acte le défaut d'accomplissement des formalités qui le rendraient opposable à tous »¹⁰⁸. Le curateur est partant affublé de la qualité de « tiers » et peut opposer au cocontractant du failli l'inopposabilité du contrat.

Cette position péremptoire n'est pas davantage justifiée par les auteurs. Elle découlerait de la loi¹⁰⁹ ainsi que de la double qualité du curateur. Par contre, lorsque le curateur poursuit l'exécution d'un contrat, il agirait aux droits du failli¹¹⁰. Dans ce dernier cas, il ne pourrait se prévaloir de l'inopposabilité. Bien que leur fondement reste incertain, ces principes ne semblent pas susciter la contestation ...

C. LES INOPPOSABILITÉS PROPRES À LA FAILLITE

29. Distinction. Le régime des actes inopposables à la masse des créanciers en cas de faillite est instauré aux articles 17 à 21 de la loi sur les faillites¹¹¹. Le système distingue les inopposabilités de droit et les inopposabilités facultatives selon que le curateur doit prouver ou non le préjudice porté à la masse des créanciers¹¹². Dans les deux cas, c'est au curateur qu'il appartient de décider s'il soulève, le cas échéant, l'inopposabilité¹¹³. Ces inopposabilités feront l'objet ci-après d'un bref rappel synthétique.

¹⁰⁷ Voy. pour des cas d'application : Cass., 5 mars 1982, *Arr. Cass.*, 1981-1982, p. 837, *J.T.*, 1983, p. 309, *Pas.*, I, 1982, p. 803, *R.W.*, 1982-1983, p. 1947, *Rec. gen. enr. not.*, 1986, p. 41 ; Liège, 1^{er} décembre 1986, *J.L.M.B.*, 1989, pp. 574-575 ; Civ. Namur, 10 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 1230-1232.

¹⁰⁸ A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV : les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 633, n° 216. On retrouve la même idée chez I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 344.

¹⁰⁹ I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 344.

¹¹⁰ A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV : les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 633, n° 2166.

¹¹¹ Voy. pour plus de précisions : C. CAUFFMAN, « Artikel 17-20 Faill.W. », in X, *Gerechtigd akkoord en Faillissement*, Malines, Anvers, Kluwer, 2009, pp. II.G.11-1 à II.G.11-41.

¹¹² Voy. F. T'KINT, W. DERUCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 258-275 ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 33-48.

¹¹³ I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 440.

La loi du 8 août 1997 déroge ainsi aux principes qui régissent l'inopposabilité des contrats en droit commun. Elle confère des pouvoirs nouveaux au curateur, pouvoirs qui n'appartenaient ni au failli, ni même aux créanciers.

30. Inopposabilités de droit. Les cas d'inopposabilités de droit sont repris à l'article 17 de la loi sur les faillites. Sont ainsi visés :

- « 1° tous actes de disposition à titre gratuit portant sur des meubles ou immeubles, ainsi que les actes, opérations ou contrats commutatifs ou à titre onéreux, si la valeur de ce qui a été donné par le failli dépasse notablement celle de ce qu'il a reçu en retour ;
- 2° tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues et pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce ;
- 3° toutes hypothèques conventionnelles et tous droits d'antichrèse ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ».

La première catégorie recouvre les libéralités ainsi que les actes lésionnaires, la seconde vise les paiements et modes de paiement anormaux tandis que la troisième concerne les sûretés réelles conventionnelles relatives à des dettes contractées antérieurement¹¹⁴. Ces actes qualifiés d'« actes insolites »¹¹⁵ doivent avoir été posés pendant la période suspecte à savoir durant la période qui s'écoule entre la date de cessation de paiement et celle de la faillite.

31. Inopposabilités facultatives. Les cas d'inopposabilités facultatives sont mentionnés aux articles 18 à 21 de la loi sur les faillites. Pour rappel, ces inopposabilités seront laissées à l'appréciation discrétionnaire du juge du fond qui devra avoir égard à l'intérêt de la masse et à l'équité¹¹⁶.

Les hypothèses régies par la loi du 8 août 1997 sont les suivantes :

- L'article 18 concerne l'ensemble des actes onéreux de la vie commerciale (non visés par l'article 17) passés par le débiteur lorsque le créancier a connaissance de l'état de cessation de paiement ;
- L'article 19 traite des inscriptions prises postérieurement à l'époque de la cessation de paiement ;
- L'article 20 fait écho à l'article 1167 du Code civil et aux principes de l'action paulienne. Il fait référence aux « actes ou paiements faits en fraude des créanciers (...) quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu »¹¹⁷. Cet article est applicable peu importe que l'acte ait été effectué pendant la période suspecte ou non¹¹⁸ ;
- L'article 21 s'attaque à l'inopposabilité de la lettre de change payée durant la période suspecte.

¹¹⁴ Voy. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 258-273.

¹¹⁵ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 443.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 451.

¹¹⁷ Voy. pour les règles spécifiques et le surplus : F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 278 et s. ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, pp. 455-456 ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 33-48.

¹¹⁸ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 278-279 ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 44.

Sous-section 2. L'inefficacité de certaines clauses

32. Exécution du contrat. L'article 46 de la loi sur les faillites consacre le principe de la continuité des contrats en cours. Il reste toutefois muet sur les conséquences du maintien du contrat. Le sort à réserver aux clauses du contrat suite à sa dissolution n'est pas davantage précisé. On admet généralement¹¹⁹ que lorsque le contrat est poursuivi, le curateur est tenu d'en respecter les clauses¹²⁰.

33. Droits et obligations découlant du contrat. La poursuite de l'exécution du contrat n'est toutefois pas synonyme d'« identité de rapport contractuel ». L'ouverture d'une situation de concours fait obstacle à l'exercice normal des droits des créanciers¹²¹. Le jugement déclaratif de faillite affecte les droits et obligations des parties¹²². On pense, par exemple, à l'article 22 de la loi sur les faillites qui prévoit que le jugement déclaratif de faillite rend exigibles les dettes du failli ou encore à l'arrêt du cours des intérêts conformément à l'article 23 de la même loi¹²³. En outre, les clauses pénales, clauses de compensation et clauses de réserve de propriété figurant au contrat ne sortiront leurs effets que pour autant qu'elles respectent différentes exigences spécifiques. Enfin, sans développer davantage cette question, il paraît utile de rappeler que les clauses qui présentent « een zakelijke werking » ou qui créent « een zekerheidspositie » soulèvent de délicates questions¹²⁴.

34. Le principe de l'égalité des créanciers. Le principe de l'égalité des créanciers consacré par l'article 8 de la loi hypothécaire combiné à la règle « pas de privilège sans texte » de l'article 9 de la même loi fait obstacle à certaines institutions dérivées du droit des obligations¹²⁵. P. Van Ommeslaghe avance d'ailleurs :

¹¹⁹ A. ZENNER, I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *J.T.*, 2004, p. 883 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 344.

¹²⁰ E. DIRIX, « Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie », in X, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 153 : « Voor cherry picking is er geen plaats. De curator moet de overeenkomst nemen zoals ze is ».

¹²¹ C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden », *T.P.R.*, 1998, p. 496.

¹²² *Ibid.*

¹²³ L'arrêt du cours des intérêts ne vaut toutefois qu'à l'égard de la masse et non à l'égard du débiteur failli. De plus, les intérêts continuent à courir à l'égard des créanciers qui bénéficient d'un privilège spécial.

¹²⁴ Voy. sur ces questions, E. DIRIX, « Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie », in X, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, pp. 149-151.

¹²⁵ F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 51-104. Voy. sur la règle de l'égalité des créanciers, M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 115 et s. Voy. également sur sa portée et les controverses y relatives, C. BIQUET-MATHIEU, F. GEORGES, « Espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », in X, *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Séminaire organisé à l'occasion du 50^e anniversaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 31-137.

« l'autonomie de la volonté ne doit être écartée au nom des règles qui régissent le concours que lorsque la convention a pour objet d'assurer au créancier un paiement préférentiel, non prévu par la loi, sur le produit de réalisation du patrimoine du débiteur »¹²⁶. Dans l'hypothèse où la liberté contractuelle se heurte au principe d'égalité, le créancier qui se prévaut du premier principe ne pourra être avantagé par rapport aux autres créanciers.

35. Exemples : la clause pénale. C'est le principe de l'égalité des créanciers qui vient, en réalité, priver d'effet la clause pénale en cas de faillite. On affirme en effet généralement que le cocontractant du failli ne pourra se prévaloir d'une clause pénale après le jugement déclaratif de faillite¹²⁷.

Derrière cette limpidité illusoire se cachent néanmoins quelques subtilités qu'il importe de ne pas perdre de vue. P. Wéry précise ainsi que « si la clause pénale est destinée à sanctionner un manquement au contrat, elle sortit ses effets malgré la faillite du débiteur, et ce, même si c'est à l'occasion de celle-ci que le failli ne respecte pas ses obligations »¹²⁸⁻¹²⁹. Ce n'est que si la clause a été prévue pour le cas de faillite qu'elle s'oppose au principe de l'égalité des créanciers¹³⁰.

Si la clause pénale a pour objectif le paiement d'intérêts moratoires conventionnels, elle tombera sous le champ de l'article 23, alinéa 1^{er} de la loi sur les faillites¹³¹ qui suspend, à dater du jugement déclaratif de faillite, le cours des intérêts pour les créances ordinaires et pour celles qui ne sont pas assorties d'un privilège spécial, d'une hypothèque ou d'un nantissement.

36. Exemples : la clause de réserve de propriété¹³². L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de faillite de l'acheteur est actuellement réglée par l'article 101 de la loi sur les faillites. La clause sera opposable pour autant qu'elle respecte les conditions cumulatives fixées par l'article 101 de la loi sur les faillites. « La clause doit être établie par écrit, au plus tard au moment de la délivrance des biens. Ceux-ci doivent se retrouver en nature dans le patrimoine du

¹²⁶ P. VAN OMMESELAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (dir.), *Les sûretés. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983*, Paris, Feduci, 1984, p. 385.

¹²⁷ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 234 ; Comm. Charleroi, 16 février 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 147.

¹²⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 696, n° 705 et jurisprudence citée ; Cass., 10 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 973, *J.L.M.B.*, 1987, p. 137, obs. Cl. P., R.W., 1986-1987, col. 818 ; Mons, 9 janvier 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1383, obs. L.-M. HENRION, *R.R.D.*, 1991, p. 283 ; Mons, 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 15 et s.

¹²⁹ Voy. dans le même sens, I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 428.

¹³⁰ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 428.

¹³¹ P. WÉRY, *Droit des obligations Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 696, n° 705.

¹³² Voy. sur ce point l'excellente contribution de A.-S. GIGOT, « L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité », *R.D.C.*, 2011, pp. 511-544.

débiteur et ne pas être devenus immeubles par incorporation, ni avoir été confondus avec d'autres biens meubles. Et l'action en revendication doit être exercée, à peine de déchéance, avant le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances »¹³³. À défaut de respecter ces exigences, la clause sera inopposable et ne pourra donc sortir ses effets.

Le régime de la clause de réserve de propriété a récemment été modifié par la loi du 11 juillet 2013¹³⁴⁻¹³⁵. L'entrée en vigueur de cette loi est prévue, conformément à l'article 109 de la loi, à une date à fixer par le Roi, mais au plus tard le 1^{er} décembre 2014.

L'article 101 de la loi sur les faillites est abrogé et le Code civil remis à l'honneur. On observe en effet un rapatriement du régime de la clause de réserve de propriété au sein du Code Napoléon. Le régime nouveau est principalement calqué sur l'ancien. On peut toutefois constater plusieurs modifications. La clause de réserve de propriété devient une sûreté réelle à part entière¹³⁶. Son opposabilité est généralisée à toute procédure d'insolvabilité¹³⁷ pour autant que les conditions fixées au nouvel article 69 du Livre III, Titre XVII du Code soient réunies.

37. Exemples : la compensation conventionnelle. Le sort de la compensation conventionnelle lorsque survient une faillite présente également des particularités. Il dépend de l'application ou non des articles 14 et 15 de la loi sur les sûretés financières du 15 décembre 2004¹³⁸⁻¹³⁹. Une première dichotomie doit donc être opérée.

¹³³ A.-S. GIGOT, « L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité », *R.D.C.*, 2011, p. 517. Voy. également B. DE CONINCK, « La clause de réserve de propriété et son opposabilité en cas de concours », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 241-258.

¹³⁴ Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013.

¹³⁵ Voy. sur cette réforme, W. DERIJCKE, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, pp. 691-722 ; F. GEORGES, « La réforme des sûretés mobilières », *R.F.D.L.*, 2013, pp. 319-368 ; E. DIRIX, *La réforme des sûretés réelles mobilières*, Waterloo, Kluwer, 2013, 346 p.

¹³⁶ W. DERIJCKE, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, p. 719.

¹³⁷ F. GEORGES, « La réforme des sûretés mobilières », *R.F.D.L.*, 2013, p. 356.

¹³⁸ Loi relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêt portant sur des instruments financiers du 15 décembre 2004, *M.B.*, 1^{er} février 2005.

¹³⁹ Le champ d'application des articles 14 et 15 de la loi sur les sûretés financières est réglé au sein de ce même article 14. La protection des articles 14 et 15 de la loi est désormais exclue en présence « de conventions de *netting* conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes ». Cet article 14 fut modifié par la loi du 26 septembre 2011 (Article 20 de la loi du 26 septembre 2011 transposant la Directive 2009/44/CE du parlement européen et du conseil du 6 mai 2011 modifiant la Directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la Directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées, *M.B.*, 10 novembre 2011) suite à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle du 27 novembre 2008 (C.C., 27 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 44, note M. GRÉGOIRE, *J.L.M.B.*, 2009, p. 816, note F. GEORGES, *N.J.W.*, 2008, p. 925, note E. DIRIX).

D'un côté, conformément aux articles 14 et 15 de la loi, les conventions de *netting* (dont la compensation conventionnelle) sont opposables aux tiers et peuvent donc sortir leurs effets y compris en cas de faillite si :

- la créance et la dette à compenser existent lors de l'ouverture de la faillite¹⁴⁰ quels que soient la date de leur exigibilité, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées et
- si la conclusion de ces conventions précède le moment de l'ouverture de la faillite¹⁴¹.

La protection des articles 14 et 15 est significative. Les articles 17, 2° et 18 de la loi sur les faillites¹⁴² sont écartés par l'article 16, § 3 de la loi sur les sûretés financières. La compensation intervenue en période suspecte ne pourra donc être déclarée inopposable. De plus, une majorité d'auteurs¹⁴³, suivie par la Cour de cassation¹⁴⁴, affirme que le législateur a entendu rejeter toute application de l'article 1295 du Code civil¹⁴⁵. L'exception de compensation peut donc être opposée par le débiteur cédé au cessionnaire si la conclusion de la convention de *netting* est antérieure à la cession¹⁴⁶.

De l'autre, la compensation conventionnelle qui ne tombe pas sous le coup des articles 14 et 15 de la loi du 15 décembre 2004¹⁴⁷ ne pourra être invoquée, une fois

¹⁴⁰ Voy. article 14 de la loi du 15 décembre 2004.

¹⁴¹ Ou bien « si ces conventions ont été conclues après ce moment, dans la mesure où la contrepartie peut se prévaloir au moment où la convention a été conclue d'une ignorance légitime de l'ouverture ou de la survenance antérieure d'une telle procédure ou situation » (voy. article 15 de la loi du 15 décembre 2004).

¹⁴² L'article 17 dispose : « Sont inopposables à la masse, lorsqu'ils ont été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements :

1° tous actes de disposition à titre gratuit portant sur des meubles ou immeubles, ainsi que les actes, opérations ou contrats commutatifs ou à titre onéreux, si la valeur de ce qui a été donné par le failli dépasse notablement celle de ce qu'il a reçu en retour ;

2° tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues et pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce ;

3° toutes hypothèques conventionnelles et tous droits d'antichrèse ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ».

¹⁴³ Voy. B. DE CONINCK, « Cession de créance et compensation légale entre dettes connexes », note sous Cass., 26 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007, p. 607 ; M. GRÉGOIRE, V. DE FRANCKEN, « La loi sur les sûretés financières et la compensation », in X. *Sûretés et procédures collectives*, CUP, n° 100, Liège, Anthémis, 2008, pp. 12-13 avec les références citées ; F. GEORGES, « La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable », obs. sous Cass., 5 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 978-981.

¹⁴⁴ Cass., 5 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 976-978.

¹⁴⁵ L'article 1295 du Code civil dispose que : « Lorsque la cession a été notifiée au débiteur ou qu'elle a été reconnue par le débiteur, celui-ci ne peut plus invoquer la compensation des créances qui se réalise postérieurement ».

¹⁴⁶ F. GEORGES, « La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable », obs. sous Cass., 5 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 979. La condition de bonne foi dans le chef du débiteur exigée à l'article 1691, alinéa 2 du Code civil est toutefois maintenue.

¹⁴⁷ Le champ d'application de ces deux articles de la loi sur les sûretés financières est réglé par le premier d'entre eux. Voy. note de bas de page 139.

le concours survenu, sauf en présence d'un lien de connexité. De surcroît, il ne pourra pas être dérogé aux articles 17, 2° et 18 de la loi sur les faillites qui rendent inopposable à la masse la compensation conventionnelle intervenue pendant la période suspecte. Enfin, l'article 1295 du Code civil pourra être invoqué utilement¹⁴⁸. Pour rappel, cet article dispose que : « Lorsque la cession a été notifiée au débiteur ou qu'elle a été reconnue par le débiteur, celui-ci ne peut plus invoquer la compensation des créances qui se réalise postérieurement ».

Sous-section 3. Autorisation d'exécution

38. Autorisation du juge-commissaire. Le principe édicté par l'article 46 de la loi sur les faillites est le maintien du contrat. Toutefois, l'exécution de certains contrats reste soumise à l'autorisation du juge-commissaire. L'exécution des contrats de gage et de vente sera, par exemple, subordonnée au respect de cette condition d'autorisation¹⁴⁹.

39. Le remboursement d'une dette garantie par un gage. L'article 88 de la loi sur les faillites porte que « Les curateurs peuvent, à toute époque, avec l'autorisation du juge-commissaire, retirer les gages, au profit de la faillite en remboursant la dette ».

À défaut de réaction du curateur, le créancier gagiste fera vendre le bien mis en gage¹⁵⁰. Il devra toutefois respecter le prescrit de l'article 26 de la loi sur les faillites qui consacre une suspension limitée des mesures d'exécution mobilières¹⁵¹ ainsi que les règles qui gouvernent l'exécution du gage¹⁵²⁻¹⁵³.

40. Paiement du prix des marchandises non encore livrées. Conformément à l'article 107 de la loi, le curateur ne peut, à défaut d'autorisation du juge-commissaire, « exiger la livraison des marchandises, en payant le prix convenu entre le vendeur et le failli ». L'application de cet article n'appelle pas de commentaires

¹⁴⁸ Voy. sur l'application de l'article 1295 du Code civil, Cass., 26 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 204-209.

¹⁴⁹ J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 324 ; A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV : les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 622.

¹⁵⁰ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 241.

¹⁵¹ Voy. I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, pp. 438-439.

¹⁵² Voy. sur ce point : F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 153 et s. On constate que les cours et tribunaux ainsi que le président du tribunal de commerce jouent un rôle important lors de l'exécution du gage. Voy. également les articles 8 et s. de la loi relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers du 15 décembre 2004 (*M.B.*, 2 février 2005) où le rôle du juge est écarté.

¹⁵³ Notons que la réforme des sûretés réelles mobilières instaurée par les lois du 11 juillet 2013 et du 24 juin 2013 (*M.B.*, 2 août 2013) a modifié sensiblement le régime du gage. La procédure de réalisation du gage est entièrement revue (Voy. W. DERIJCKE, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, pp. 707-712 ; F. GEORGES, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.F.D.L.*, 2013, pp. 348-351 ; E. DIRIX, *La réforme des sûretés réelles mobilières*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 38-40).

particuliers comme l'atteste l'absence de doctrine et de jurisprudence sur la question¹⁵⁴.

41. Restitution d'un bien susceptible d'être revendiqué et opposition à une demande de revendication. La décision de restituer ou de conserver les marchandises ou effets de commerce moyennant paiement du prix appartient au curateur (Voy. *infra* n° 95). Ce dernier devra néanmoins se faire autoriser par le juge-commissaire.

L'article 108 dispose en effet que l'approbation du juge-commissaire est exigée pour « admettre les demandes en revendication de marchandises, effets de commerce et autres biens ». Si le curateur souhaite, à l'inverse, dans l'intérêt de la masse, « s'opposer à la revendication prévue à l'article 101 en payant le prix convenu entre le vendeur et le failli, à l'exclusion des intérêts et pénalités, qui le cas échéant resteront des dettes dans la masse », l'article 108, alinéa 2 ajoute que le juge-commissaire devra marquer son accord.

42. Forme et interprétation. Bien que la loi ne précise pas la forme que doit prendre l'autorisation du juge-commissaire, L. Fredericq préconise l'écrit¹⁵⁵. Une simple autorisation écrite permettrait au curateur de justifier le respect des articles de la loi et de justifier de ses pouvoirs¹⁵⁶. Rien ne s'oppose évidemment à ce que la demande du curateur prenne la forme d'une requête à laquelle le juge-commissaire réserverait suite par voie d'ordonnance.

Les dispositions des articles 88, 107 et 108 seraient de stricte interprétation. Selon J. Van Ryn et J. Heenen, « [elles] ne peuvent être étendues par analogie »¹⁵⁷.

43. Sanction. Le curateur qui exécute le contrat sans l'autorisation du juge-commissaire en violation des articles 88, 107, 108 s'expose à la nullité de l'acte accompli¹⁵⁸.

Sous-section 4. Cas particulier : le contrat de vente d'immeuble déjà conclu par le futur failli

44. Choix du curateur. Il arrive que le futur failli, avant le jugement déclaratif, ait déjà conclu un contrat de vente. La question de son exécution se pose dans le chef du curateur. Soit ce dernier décide de poursuivre le contrat, soit il s'oppose à

¹⁵⁴ Voy. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 323 ; T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 759, 762 qui se contentent de citer la disposition en cause, cette dernière ne faisant pas l'objet de discussions particulières.

¹⁵⁵ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 318.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 324.

¹⁵⁸ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 327 ; A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV : les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 622.

son exécution¹⁵⁹. C'est généralement la vente d'immeuble qui soulève le plus de questions, raison pour laquelle elle retiendra notre intérêt.

45. Exécution du contrat de vente d'immeuble. Le curateur décide s'il est dans l'intérêt de la masse d'exécuter la convention qu'il s'agisse d'une vente sous seing privé ou d'une vente reçue par acte authentique, même si ce dernier n'a pas fait l'objet d'une transcription. Lorsque le curateur poursuit le contrat, il renonce, le cas échéant, à se prévaloir de son inopposabilité si les formalités n'ont pas été accomplies. Cette prérogative constitue une application de l'article 46 de la loi sur les faillites. La décision d'exécuter le contrat n'est donc pas soumise à l'autorisation du juge-commissaire.

De manière prudente, G. de Leval et F. Herinckx¹⁶⁰ conseillent néanmoins, notamment dans l'hypothèse d'une vente d'immeuble de gré à gré, de « s'enquérir de l'opinion du juge-commissaire sur l'opportunité de l'exécution du contrat » et de se soumettre à la procédure des articles 100 de la loi sur les faillites et 1193^{ter} du Code judiciaire.

Le fait de ne pas requérir l'autorisation préalable du juge-commissaire aura une incidence sur la purge. À défaut d'autorisation, « la vente n'emporte pas délégation du prix au profit des créanciers, en manière telle que le conservateur des hypothèques ne sera pas tenu de prendre inscription d'office en faveur des créanciers hypothécaires et privilégiés inscrits. Cela signifie que le curateur devra obtenir dans ce cas, de la part de tous les créanciers inscrits ou ayant fait transcrire un commandement ou une saisie avant le jugement déclaratif, l'accord de donner mainlevée. Par contre, si l'autorisation constitue le socle de la vente, celle-ci est purgeante conformément à l'article 1326 du Code judiciaire »¹⁶¹.

46. Non-exécution du contrat de vente d'immeuble. Le curateur, confronté à un contrat de vente d'immeuble dont il n'entend pas poursuivre l'exécution, bénéficie de plusieurs alternatives.

Premièrement, si le contrat de vente n'a pas été transcrit à la conservation des hypothèques, le curateur peut invoquer son inopposabilité à la masse¹⁶²⁻¹⁶³.

¹⁵⁹ G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 169-184.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 171.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 171.

¹⁶² Le défaut de transcription ne peut toutefois, en vertu de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, être invoqué que par le tiers qui a contracté sans fraude. Cette condition « doit être examinée dans le chef de la masse et non dans le seul chef du curateur ». Fort heureusement pour le curateur, « il est peu vraisemblable que tous les créanciers sans exception, aient eu connaissance de la convention de vente, même au jour de la faillite » (G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 173).

¹⁶³ L'article 3 de la loi hypothécaire impose que l'action en inopposabilité soit transcrite sous peine d'être sanctionnée par une « fin de non procéder » (G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 174, note 2). Voy. également M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 24.

Ensuite, quand bien même la vente aurait été transcrite avant la faillite, le curateur ne se trouve pas pour autant démuné. À cet égard, différentes périodes méritent d'être discernées.

Si la vente a été réalisée avant la période suspecte, le curateur peut uniquement se prévaloir de l'article 20 de la loi sur les faillites. L'application de ce dernier « suppose toutefois que le tiers acquéreur se soit rendu complice d'une fraude aux dépens des créanciers »¹⁶⁴ (voy. *supra* n° 25 et 31).

Lorsque la vente a été conclue pendant la période suspecte, les articles 17 et 18 ouvrent une action en déclaration d'inopposabilité au curateur. D'un côté, l'article 17, alinéa 1, 1° vise la vente d'immeuble à un prix sensiblement inférieur à sa valeur réelle¹⁶⁵. De l'autre, l'article 18 conditionne l'inopposabilité de la vente aux trois éléments suivants : l'acte est accompli après le commencement de la période suspecte, l'acquéreur a connaissance au moment de l'acte de la cessation de paiement, l'acte a causé un préjudice à la masse¹⁶⁶. L'inopposabilité de l'article 17 est de droit tandis que l'article 18 constitue un cas d'inopposabilité facultative (voy. *supra* n° 29-31).

Enfin, à dater du jugement déclaratif, le principe du dessaisissement du failli empêche ce dernier de conclure une vente.

Section 3. Dissolution du contrat

47. Aperçu. Le curateur est également investi de pouvoirs qui concernent la dissolution du contrat. Un retour sur le principe contenu à l'article 46 ainsi que ses exceptions introduira notre propos (Sous-section 1). Nous reviendrons ensuite sur le pouvoir de résiliation dont bénéficie le curateur (Sous-section 2). Le législateur est également intervenu pour régler le sort de certains contrats en cas de faillite (Sous-section 3). En marge, bien que la question ne traite pas des pouvoirs du curateur, nous nous intéresserons à la qualification des clauses stipulées pour les cas de faillite et à leur sort (Sous-section 4).

Pour rappel, l'article 3 dispose qu'« Aucune demande tendant à faire prononcer l'annulation ou la révocation de droits résultant d'actes soumis à la transcription, ne sera reçue dans les tribunaux qu'après avoir été inscrite en marge de la transcription du titre de l'acquisition dont l'annulation ou la révocation est demandée et, le cas échéant, en marge de la transcription du dernier titre transcrit ». Voy. également sur la portée de l'article 3, S. JACMAIN, « Portée de l'article 3, alinéa premier de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 », *R.G.D.C.*, 2003, note sous Cass., 20 avril 2001, pp. 440-445. Notons encore que « l'aliénation à un sous acquéreur de l'immeuble dont le curateur demande le rapport, ou la constitution d'un droit d'hypothèque sur ce bien seront opposables au curateur, si l'acte translatif de propriété ou constitutif d'hypothèque a été transcrit à la conservation des hypothèques avant que le curateur ne fasse procéder à l'inscription marginale de sa demande, conformément à l'article 3 de la loi hypothécaire » (M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 48).

¹⁶⁴ G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 176.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 177.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 178.

Sous-section 1. Principe et exceptions

48. Les causes de dissolution en droit commun. Il existe en droit belge différentes causes de dissolution de contrat. Cette notion de dissolution renvoie aux « causes anormales de disparition du contrat »¹⁶⁷ à savoir les cas où le contrat expire autrement que par sa voie normale que constitue l'exécution de la convention ou la survenance du terme¹⁶⁸. On relève en droit belge les causes de dissolution du contrat suivantes : la résiliation (unilatérale ou de commun accord des parties), la résolution, la révocation, la nullité, la rescision, la force majeure et la caducité¹⁶⁹.

49. Les causes de dissolution du contrat en droit de la faillite. La faillite d'une des parties au contrat ne vient en principe pas bouleverser l'exécution du contrat. L'article 46 impose d'ailleurs une continuité des relations contractuelles entre le failli et son cocontractant. Toutefois, de nombreuses exceptions à ce principe de « maintien des contrats » sont aujourd'hui reconnues en doctrine et en jurisprudence. Une première catégorie d'exceptions regroupe les dissolutions de plein droit du contrat¹⁷⁰. Dans cette catégorie, on trouve les contrats *intuitu personae* et les contrats dans lesquels une condition résolutoire est précisément stipulée pour les cas de faillite. La condition résolutoire, est, pour rappel, une modalité de l'obligation ou du contrat, un événement futur et incertain (en l'occurrence, la faillite) qui, s'il se réalise, entraîne l'extinction de l'obligation ou du contrat¹⁷¹.

La deuxième catégorie renvoie à ce que nous avons appelé les facultés de résiliation ou de résolution¹⁷². On y épingle la faculté de résiliation limitée¹⁷³ offerte au curateur par l'article 46 de la loi sur les faillites (voy. *infra* Sous-section 2,

¹⁶⁷ P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in X, *La fin du contrat*, Liège, Édition Formation Permanente CUP, 2001, pp. 9-10.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 9.

¹⁶⁹ Voy. D. PHILIPPE, C. RUWET « Les clauses mettant fin au contrat », in X, *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 236-248.

¹⁷⁰ Voy. F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, CUP 129, Liège, Anthemis, 2011, pp. 191-262.

¹⁷¹ M.-C. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 170 ; I. DURANT, M. CLAVIE, « La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage », in X, *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole VERHEYDEN-JEANMART*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 118, n° 48.

¹⁷² Voy. F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, CUP 129, Liège, Anthemis, 2011, pp. 191-262.

¹⁷³ Le droit de résiliation est assorti de limites sévères et strictes. Une telle interprétation se justifie principalement par la portée de l'expression « lorsque l'administration de la masse le requiert » délimitée par notre Cour suprême dans son arrêt du 10 avril 2008 (T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 347 ; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868 ; T. HÜRNER, N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. ULg*, 2009, p. 222 ; I. VEROUSTRAEDE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479).

n° 50), le pacte commissaire exprès et la clause de résiliation unilatérale. Pour rappel, le pacte commissaire exprès se définit comme toute clause contractuelle qui vise à « sanctionner, (...) par la résolution, un manquement fautif du débiteur dans l'exécution de ses obligations »¹⁷⁴. Il se distingue de la clause de résiliation unilatérale en ce que celle-ci offre à une partie au contrat la possibilité de rompre le contrat par sa seule volonté et en dehors de toute idée de faute¹⁷⁵.

*Sous-section 2. Le pouvoir du curateur en vertu de l'article 46*¹⁷⁶

50. Un droit de résiliation. Bien que l'article 46 de la loi sur les faillites consacre le principe selon lequel le jugement déclaratif de faillite n'entraîne pas la dissolution de plein droit des contrats, il ménage toutefois au curateur une place de choix. Ainsi, le curateur dispose d'un droit d'option dont la portée reste, à l'heure actuelle, largement discutée (voy. *infra* n° 53).

Pour plus de clarté, nous reproduirons les termes employés à l'article 46 :

« Dès leur entrée en fonctions, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus¹⁷⁷ avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.

La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de ce délai; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse.

Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a traité des prestations effectuées après la faillite ».

Il appartient donc au curateur, dès son entrée en fonction, de choisir de poursuivre ou non les contrats en cours¹⁷⁸. Les créanciers peuvent contraindre celui-ci de prendre sa décision¹⁷⁹. Si le curateur est mis en demeure, il doit prendre attitude

dans les 15 jours, à défaut de quoi, le contrat sera présumé résilié. Nous pouvons d'ores et déjà souligner l'apparition d'une nouvelle sanction en droit des contrats : « la présomption de résiliation »¹⁸⁰.

51. Portée de l'article 46. La portée de l'article 46 a longtemps animé doctrine et jurisprudence. Elle a récemment donné lieu à trois grands arrêts de nos plus hautes juridictions. Le premier fut rendu par notre Cour d'arbitrage, rebaptisée Cour constitutionnelle, tandis que les suivants émanèrent de la Cour de cassation. Malgré les apparences, ces arrêts ne permirent pas de clore les débats. Trois courants divergents sont apparus en doctrine.

Nous résumerons rapidement les apports de la jurisprudence et de la doctrine et renverrons le lecteur, pour le surplus, aux contributions publiées sur le sujet¹⁸¹.

52. Trois grands arrêts. Le premier arrêt fut rendu par la Cour d'arbitrage le 10 décembre 2003¹⁸². Deux questions préjudicielles portant sur une interprétation de l'article 46 furent soumises à la censure de la Cour pour violation des articles 10 et 11 de la Constitution. La première interprétait l'article 46 comme autorisant un curateur à déroger à la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux en ne respectant pas les conditions fixées par cette loi pour pouvoir mettre fin au bail qui lie le failli au preneur tandis que la seconde visait l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites en ce sens qu'il interdirait au preneur évincé de réclamer paiement au curateur *qualitate qua* d'une indemnité d'éviction telle que prévue par l'article 25 de la loi du 30 avril 1951. La Cour répondit par la négative aux questions préjudicielles. Elle jugea que les interprétations soumises étaient compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution. À notre estime, la seule conclusion qui puisse être tirée de cet arrêt est hypothétique : si l'article 46 devait être interprété comme octroyant au curateur la faculté de mettre fin au contrat malgré l'existence de dispositions impératives, cet article serait parfaitement compatible avec les principes d'égalité et de non-discrimination.

¹⁸⁰ De l'expression initialement proposée « le contrat est résolu », le législateur en est arrivé à l'expression « le contrat est présumé être résilié par le curateur ». On ne peut que s'étonner de cette nouveauté terminologique dans le système juridique belge.

¹⁸¹ Voy. entre autres : A. ZENNER, C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur », *R.D.C.*, 2005, pp. 245-253 ; S. BRIJS, « Artikel 46 faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar ? », *R.W.*, 2005-2006, pp. 54-59 ; F. GEORGES, « Faillites et contrats en cours : la Cour de cassation précise sa jurisprudence », *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1592-1595 ; T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, pp. 341-348 ; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, pp. 861-869 ; T. HÜRNER, N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. Ulg*, 2009, pp. 213-252 ; T. BOSLY, M. ALHADEFF, A.S. DECLERCQ, « Développements récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, CUP, Vol. 120, Liège, Anthémis, 2010, pp. 246-262 ; F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, CUP 129, Liège, Anthémis, 2011, pp. 191-262.

¹⁸² C. Arb., 10 décembre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 253, note H.R., *R.W.*, 2005-2006, pp. 52 et s.

¹⁷⁴ M.-C. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 171.

¹⁷⁵ P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in X, *La fin du contrat*, Liège, Édition Formation Permanente CUP, 2001, p. 26 ; P. WÉRY, *Les obligations*, t. IV, I. I, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 964, n° 986-987 ; P.A. FORIERS, C. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », in X, *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 165, n° 10.

¹⁷⁶ Les développements relatifs à l'article 46 s'inspirent largement de notre contribution : F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, CUP 129, Liège, Anthémis, 2011, pp. 191-262.

¹⁷⁷ Nous mettons en italique.

¹⁷⁸ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479.

¹⁷⁹ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217.

Un deuxième arrêt fut rendu par la Cour de cassation le 24 juin 2004¹⁸³. La motivation de la Cour est la suivante :

« il n'appartient pas au curateur de résilier un contrat opposable conclu par le failli, lorsque la poursuite du contrat ne fait pas obstacle à la liquidation normale de la masse ; que le curateur peut par contre mettre fin à un contrat qui lie le failli, si la résiliation du contrat est nécessaire à l'administration de la masse en bon père de famille, sans préjudice des droits découlant alors, pour le contractant de la faillite, en raison de l'inexécution du contrat¹⁸⁴ ».

Il fut suivi par un arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008¹⁸⁵⁻¹⁸⁶ rendu en ces termes :

« 1. Lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement, c'est-à-dire lorsque la continuation du contrat conclu par le failli fait obstacle à la liquidation de la masse ou compromet anormalement la liquidation, le curateur peut, en vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, mettre fin à un contrat en cours conclu par le failli, même si ce contrat confère des droits opposables à la masse.

Le simple fait que les biens acquièrent ainsi une valeur marchande moindre, n'empêche pas en soi le règlement normal de la faillite.

2. Il appartient au curateur de prouver que l'administration de la masse nécessite la fin du contrat ».

53. Trois courants doctrinaux. Différentes thèses ont vu le jour en doctrine à la suite des arrêts rendus par la Cour de cassation. D'une part, les partisans, peu nombreux, d'un droit de résiliation « absolu »¹⁸⁷, que certains ont qualifié de « sauvage »¹⁸⁸ simplement limité par l'intérêt de la masse des créanciers. D'autre part, les fervents défenseurs de la thèse d'une application limitée de l'article 46¹⁸⁹.

¹⁸³ Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 241-245.

¹⁸⁴ Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 241-245.

¹⁸⁵ Cass., 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1588 et s. et *Trib. Not.*, 2009, p. 201, note F. BOUCKAERT.

¹⁸⁶ Les faits à l'origine du litige peuvent se résumer comme suit. Un bailleur à ferme est déclaré en faillite. Le curateur décide qu'il ne poursuivra pas l'exécution des conventions de bail à ferme conclues avec les différents locataires en s'appuyant sur l'intérêt de la masse sans plus de précisions. Les fermiers contestent toutefois la décision prise par le curateur.

¹⁸⁷ C. VAN BUGGENHOUT, I. VAN DE MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil », note sous Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 256.

¹⁸⁸ Expression utilisée par T. HÜRNER et N. OUCHINSKY (« Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. Ulg.*, 2009, pp. 221-222) qui critiquent cette faculté.

¹⁸⁹ A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868 ; T. HÜRNER, N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. Ulg.*, 2009, p. 222 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479.

Le droit de résiliation est assorti de limites sévères et strictes¹⁹⁰. Une telle interprétation se justifie principalement par la portée de l'expression « lorsque l'administration de la masse le requiert » délimitée par notre Cour suprême dans son arrêt de 2008¹⁹¹. À titre d'exemple, E. DIRIX¹⁹² énumère comme situations qui pourraient justifier une résiliation : les biens deviennent invendables du fait du contrat, le montant du loyer est considérablement inférieur aux conditions du marché, le maintien des droits du cocontractant impose des obligations financières exagérées à la masse¹⁹³. En marge de ces deux positions, de manière radicalement opposée, on retrouve les adeptes de la doctrine traditionnelle antérieure à la modification législative de 1997¹⁹⁴ où l'existence d'un pouvoir de résiliation dans les mains du curateur est niée¹⁹⁵.

Sous-section 3. Cas particuliers

54. Intervention du législateur. On constate que le législateur intervient de manière de plus en plus fréquente pour régler directement le sort à réserver à certains contrats en cas de faillite. Des dispositions spécifiques régissent le contrat de travail, le contrat d'assurance, le contrat d'agence commerciale et le contrat relatif aux droits de propriété intellectuelle. Les pouvoirs du curateur et de son cocontractant sont à certains égards renforcés, encadrés ou restreints.

¹⁹⁰ T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 347.

¹⁹¹ T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 348 ; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868 ; T. HÜRNER, N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. Ulg.*, 2009, p. 222 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479.

¹⁹² E. DIRIX déniait, avant les arrêts rendus par la Cour de cassation en 2004 et 2008, tout pouvoir de résiliation dans le chef du curateur (« Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-2004, pp. 201 et s.).

¹⁹³ E. DIRIX, « Insolventierecht en gemeenrecht », in *Van alle markten, Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Intersentia, Anvers, 2008, p. 420 cité par T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANQUEN, M. DRESEN, T. HÜRNER, D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 58.

¹⁹⁴ A. ZENNER, C. ALTER, « Évolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûretés et procédures collectives*, CUP, vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 151-213 ; P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations. Tome II : Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 997. Voy. également de manière moins explicite : S. BRUS, « Artikel 46 faillissementswet : is de curator van de failliete verhuurder een tovenaars ? », *R.W.*, 2005-2006, p. 58 ; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 215 ; T. BOSLY, M. ALHADEFF, « Développement récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, CUP, Vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, p. 255. Notons que la majorité de ces auteurs reconnaît le revirement opéré par la Cour de cassation mais n'y adhère pas.

¹⁹⁵ Ces auteurs préfèrent s'en remettre à la solution traditionnellement admise avant la réforme du droit de la faillite de 1997 : le curateur peut simplement décider de ne pas poursuivre les contrats en cours.

55. Le contrat relatif aux droits de propriété intellectuelle. L'article 30 de la loi du 30 juin 1994¹⁹⁶ règle le sort de la faillite de l'éditeur. Il prévoit, en matière de contrat d'édition, que l'auteur peut « dénoncer » le contrat d'édition qu'il a conclu avec son éditeur lors de la survenance d'une faillite. La doctrine reconnaît à l'auteur la possibilité de postuler la « résolution »¹⁹⁷ du contrat sur la base de cet article ainsi que de l'article 46 de la loi sur les faillites¹⁹⁸.

La faillite du producteur est, quant à elle, régie par l'article 20 de la loi du 30 juin 1994. Le sort du contrat de production en cas de faillite fait l'objet d'un régime spécifique. Ainsi, il est prévu aux deux premiers alinéas que « La faillite du producteur, l'octroi d'un concordat ou la mise en liquidation de son entreprise n'entraînent pas la résiliation des contrats avec les auteurs de l'œuvre audiovisuelle. Lorsque la réalisation ou l'exploitation de l'œuvre est continuée, le curateur ou le liquidateur, selon le cas, est tenu au respect de toutes les obligations du producteur à l'égard des auteurs ».

56. Le contrat d'assurance terrestre. Le législateur est également intervenu en matière d'assurances. L'article 32 de la loi du 25 juin 1992¹⁹⁹ régit de manière impérative l'incidence de la faillite du preneur d'assurance sur le contrat souscrit par ce dernier²⁰⁰. Il est notamment prévu que le curateur de la faillite pourra résilier le contrat dans les trois mois qui suivent la déclaration de faillite.

57. Le contrat d'agence commerciale. Lors des travaux préparatoires de la loi²⁰¹, le législateur a entendu réserver un sort particulier au contrat d'agence commerciale, et ce en marge du régime prévu à l'article 46 de la loi sur les faillites. Les circonstances exceptionnelles mentionnées à l'article 19 de la loi du 13 avril 1995²⁰² qui permettent aux parties au contrat de résilier ce dernier sans préavis ou avant l'expiration du terme englobent l'hypothèse d'une faillite. Dès lors, le cocontractant n'a plus besoin d'avoir recours à l'une des exceptions à la poursuite de contrats en cours.

58. Le contrat de travail. Le législateur a inséré, par la loi sur 15 juillet 2005²⁰³, un deuxième paragraphe à l'article 46 de la loi sur les faillites. Il est prévu que : « Si lors de la cessation d'activités, notamment à l'occasion du jugement déclaratif de faillite, les curateurs manifestent expressément ou tacitement leur volonté de résilier les contrats de travail existants, *ils ne seront pas tenus de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation de ces contrats*²⁰⁴. Toutefois, si les curateurs, en vue de la poursuite totale ou partielle

ou de la reprise des activités, concluent de nouveaux contrats de travail avec des contractants visés à l'alinéa précédent, ces derniers bénéficient des formalités et procédures applicables aux contrats résiliés pendant le temps de la poursuite des activités ». On le constate aisément au travers des termes de l'article 46 : les impératifs et les enjeux liés à la faillite viennent briser les protections sociales mises en place.

*Sous-section 4. Les clauses qui prévoient la dissolution du contrat en cas de faillite*²⁰⁵

59. Contexte. Il n'est pas rare que les parties décident d'anticiper les conséquences de la faillite de leur partenaire. Elles prévoient généralement, par l'insertion d'une clause spécifique, la dissolution du contrat en cas de faillite.

« Condition résolutoire », « pacte commissaire exprès » ou « clause de résiliation unilatérale », le choix de la nature de la clause n'est pas sans incidence. Le régime juridique applicable à chacune des clauses en cas de faillite peut, en effet, différer.

60. La nature des clauses prévues pour le cas de faillite. L'opération de qualification de la clause est bien souvent un exercice difficile. Les clauses liées à la situation financière du débiteur, et plus précisément, celles qui portent sur la survenance d'une faillite dans le chef du cocontractant, ne reçoivent pas de qualification uniforme et définitive. Cette étape est pourtant indispensable afin de déterminer le régime juridique applicable.

Dans une optique purement objective, la faillite en tant qu'événement neutre peut constituer l'objet d'une *condition résolutoire* et opérer la résolution de plein droit de la convention²⁰⁶.

Rien n'empêchera également qu'une « clause prévoyant la dissolution pour le cas de faillite puisse s'analyser en une *condition résolutoire potestative*²⁰⁷ ».

Analysée comme un manquement contractuel par les parties, la faillite pourrait faire l'objet d'un *pacte commissaire exprès*²⁰⁸. Rappelons toutefois à cet égard que la faillite n'engendre pas *ipso facto* des manquements contractuels. Les obligations découlant du contrat peuvent être exécutées par le curateur malgré la survenance de la faillite.

La faillite pourra aussi être envisagée comme un événement octroyant aux parties une *faculté de résilier* le contrat²⁰⁹. Dans cette hypothèse, un acte unilatéral du cocontractant devra être posé en vue de la dissolution du contrat.

¹⁹⁶ Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins du 30 juin 1994, *M.B.*, 27 juillet 1994.

¹⁹⁷ On peut toutefois s'interroger sur la véritable nature de cette « résolution ».

¹⁹⁸ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 583.

¹⁹⁹ Loi sur le contrat d'assurance terrestre du 25 juin 1992, *M.B.*, 20 août 1992.

²⁰⁰ L'article 32 ne s'applique toutefois pas aux assurances de personnes et à l'assurance-crédit.

²⁰¹ Projet de loi relatif au contrat d'agence commerciale, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extr., 1991-1992, p. 18.

²⁰² Loi relative au contrat d'agence commerciale du 13 avril 1995, *M.B.*, 2 juin 1995.

²⁰³ Loi du 15 juillet 2005, *M.B.*, 1^{er} août 2005.

²⁰⁴ Nous mettons en italique.

²⁰⁵ Les développements qui suivent s'inspirent de notre contribution : F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, CUP 129, Liège, Anthemis, 2011, pp. 191-262.

²⁰⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 933, n° 1007. Voy. Prés. Comm. Charleoi, 26 février 2001, *R.D.C.*, 2002, pp. 69 et s.

²⁰⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 933, n° 1007.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*

61. Positions doctrinales. La majeure partie de la doctrine traditionnelle analyse les clauses stipulées pour le cas de faillite en pacte commissaire exprès²¹⁰. La qualification d'une clause libellée spécifiquement pour les cas de faillite n'emporte toutefois pas de réponse unique et définitive ; raison pour laquelle les praticiens se trouvent souvent envahis par le doute quand ils s'interrogent sur leur mise en œuvre, leurs effets et les dispositions qui les régissent.

On retrouve, dans un premier courant, les auteurs qui affirment que les clauses stipulées pour les cas de faillite relèvent du pacte commissaire exprès. Les raisons qui sous-tendent cette position restent toutefois diverses. Par exemple, si Cloquet²¹¹ se présente comme partisan de la qualification de pacte commissaire exprès, c'est parce qu'il estime que la clause ne peut jouer de plein droit. Pour d'autres auteurs, tels J. Van Ryn et J. Heenen²¹², cette qualification est tirée du fait que le failli aurait droit en toutes hypothèses à la réparation du préjudice causé par la résolution. Pour P.-H. Delvaux²¹³, la qualification découle du fait que cette clause vise à prémunir les parties contre une inexécution possible.

Une autre tendance toutefois tend à s'imposer²¹⁴. La solution prônée, bien qu'elle puisse également aboutir à la qualification de pacte commissaire exprès, est beaucoup moins tranchée. Il s'agit d'en revenir à la volonté commune des parties dégagée au moyen de divers indices. À cet égard, M.-C. Ernotte²¹⁵ constate que les parties envisagent généralement la faillite comme « un événement susceptible d'avoir directement une incidence sur l'exécution du contrat » qui engendre « une

crainte légitime d'inexécution ». S. Stijns²¹⁶ se montre davantage favorable à la qualification de condition résolutoire expresse. Cette dernière cédera néanmoins le pas à la qualification de pacte commissaire « indien uit de bedoeling van de partijen blijkt dat zij zich met dergelijk beding willen beschermen tegen een mogelijk wanprestatie en zij daarom een buitengerechtigde ontbindingsmogelijkheid willen verlenen aan de schuldeiser »²¹⁷⁻²¹⁸. P. Wéry fait également sienne cette volonté d'en revenir à la volonté réelle des parties lorsqu'il déclare que la qualification des clauses « dépend du contexte dans lequel elles s'inscrivent et tout spécialement de l'intention commune des parties »²¹⁹.

Les positions d'I. Verougstraete ainsi que celles de W. Derijcke et F. T'Kint restent plus difficiles à saisir. Le premier soutient que « ce genre de clause peut être interprété, selon son libellé²²⁰⁻²²¹, comme une condition résolutoire simple, soit comme un pacte commissaire exprès »²²² tandis que les seconds parlent uniquement de « résolution de plein droit » sans plus de précision²²³. Quant à A. Zenner²²⁴, il se contente de rappeler que la clause peut être constitutive d'un pacte commissaire exprès ou d'une condition résolutoire sans prendre parti clairement en faveur de l'une ou l'autre qualification.

62. Jongler avec les différents régimes. Le sort de la clause est parfois radicalement différent selon la qualification qui lui est attribuée. Or, les réalités qu'elle recouvre sont généralement similaires. Ce constat nous invite à jongler avec la nature des clauses et leur régime respectif. Nous passerons outre l'analyse de chacun des régimes²²⁵ pour en arriver immédiatement à différentes pistes de réflexion.

– L'insertion d'un pacte commissaire exprès dans un contrat de bail immobilier ne sera d'aucune utilité. Sa substitution par une condition résolutoire prévue pour les cas de faillite devrait permettre de contourner la prohibition contenue à l'article 1762bis du Code civil.

²¹⁰ Contra H. DE PAGE qui, en acceptant la licéité d'une clause prévue en cas de faillite en matière de bail, attribuait implicitement à cette dernière la qualification de condition résolutoire (cité par M.-C. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales droit Liège*, 1988, p. 179).

²¹¹ A. CLOQUET, « Les concordats et la faillite », *Novelles, Droit commercial*, Tome IV, n° 1463 cité par M.-C. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 178.

²¹² J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t.IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 323.

²¹³ P.-H. DELVAUX, « Les clauses résolutoires expresses et les clauses aménageant l'exception d'inexécution », in *La rédaction des conditions générales contractuelles*, actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve le 16 novembre 1984, pp. 100 et 107 cité par M.-C. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 178.

²¹⁴ Voy. M.-C. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 180 ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre », in M. FONTAINE et G. VINEY (sous dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.C., 2001, pp. 582-583 cité par P. WÉRY, *Droit des obligations Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 933, n° 1007.

²¹⁵ M.-C. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 181.

²¹⁶ S. STIJNS, « Uitdrukkelijk ontbindende bedingen, ontbindende voorwaarden en vervangingsbedingen », in X, *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 107-108.

²¹⁷ S. STIJNS, « Uitdrukkelijk ontbindende bedingen, ontbindende voorwaarden en vervangingsbedingen », in X, *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 107-108, n° 56.

²¹⁸ Traduction libre : « S'il ressort de l'intention des parties qu'elles ont voulu, avec cette clause, se protéger contre un possible manquement et ont voulu, pour cette raison, accorder au créancier une possibilité de résolution extrajudiciaire ».

²¹⁹ P. WÉRY, *Les obligations*, T. IV, I. I, *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 978, n° 1007.

²²⁰ Et non selon l'intention commune des parties, comme on aurait pu le penser au vu des développements doctrinaux récents.

²²¹ Nous mettons en italique.

²²² I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 477, n° 3.4.2.11.

²²³ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 216, n° 223.

²²⁴ A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 487-488, n° 666.

²²⁵ Nous renvoyons sur ce point à F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, CUP 129, Liège, Anthemis, 2011, pp. 191-262.

- La rédaction d'un pacte commissaire exprès dans un contrat de bail emphytéotique permettra d'échapper à certaines incertitudes quant au sort de la condition résolutoire en cas de faillite. L'insertion d'une condition résolutoire semble en effet heurter l'article 2 de la loi du 10 janvier 1824 qui dispose que « L'emphytéose ne pourra être établie pour un terme excédant quatre-vingt-dix-neuf ans, ni au-dessous de vingt-sept ans ».
- La présence d'un pacte commissaire exprès inséré dans un contrat de vente et rédigé spécialement dans l'hypothèse d'une faillite ne sortira pas, sauf exceptions, ses effets en raison du principe de l'égalité des créanciers.

TITRE II. LE POUVOIR DU JUGE-COMMISSAIRE

63. Plan. Le juge-commissaire joue également un rôle essentiel en matière de faillite. Bien que plus effacé en pratique, le pouvoir de contrôle et de surveillance qui lui est attribué a un impact direct sur le droit des contrats. C'est la personne du juge-commissaire qui retiendra, dans un premier temps, notre attention (Chapitre 1). La deuxième partie de notre analyse sera consacrée aux interférences qui existent entre le juge-commissaire et le contrat impliquant le failli et/ou le curateur (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. UN ACTEUR DE LA FAILLITE

Section 1. Présentation

64. Désignation. Le juge-commissaire est un membre professionnel (à l'exception du président) ou consulaire du tribunal de commerce²²⁶. Il est désigné par le jugement déclaratif de faillite²²⁷. Son apparition s'explique par le fait qu'il était impossible pour le tribunal de commerce de se charger d'un suivi quotidien de la procédure de faillite. Cette mission de gestion journalière lui fut donc dévolue²²⁸.

65. Mission. Le juge-commissaire se voit confier une mission générale de contrôle et de surveillance, au jour le jour, de l'activité du curateur²²⁹. La Cour de cassation, dans son arrêt du 21 avril 2006²³⁰, a précisé la mission du juge-commissaire en ces termes : « le juge-commissaire est chargé spécialement d'accélérer et de surveiller les opérations, la gestion et la liquidation de la faillite (...) [il] surveille la manière dont le curateur gère et liquide la masse faillie et ce, dans l'intérêt de la faillite et des créanciers. Le devoir de surveillance se concrétise selon les circonstances de la faillite et a pour conséquence que le juge-commissaire, si nécessaire, surveille

et prend les mesures nécessaires toutefois sans s'impliquer dans la gestion et la liquidation proprement dites de la masse faillie. Le devoir général de surveillance qui incombe au juge-commissaire implique qu'il veille, dans l'intérêt du failli et des créanciers, à ce que le curateur respecte les obligations légales qui doivent spécialement garantir la bonne gestion et la liquidation correcte de la faillite ». « Le juge-commissaire agit comme une autorité judiciaire et dispose à cette fin du pouvoir de rendre des ordonnances motivées et exécutoires par provision »²³¹.

Section 2. Pouvoirs

66. Des pouvoirs diversifiés. Le juge-commissaire joue un rôle et jouit de pouvoirs importants tout au long de la procédure de faillite. F. T'Kint et W. Derijcke²³² en épinglent quatre principaux : l'intervention du juge-commissaire dans le cadre de la vérification des créances, le rôle du juge-commissaire dans le contrôle de la gestion et de la liquidation de la faillite, la tutelle d'autorisation et l'information du tribunal. Seule la tutelle d'autorisation intéressera notre propos.

67. La tutelle d'autorisation. La liste est longue lorsque l'on souhaite relever de manière systématique les actes subordonnés à l'autorisation du juge-commissaire. Nous nous contenterons d'une énumération rapide²³³ :

- Article 25 : autoriser le curateur à la remise ou l'abandon des ventes de meubles ou d'immeubles fixées avant le jugement déclaratif de faillite ;
- Article 38 : exonérer le curateur de l'obligation de publication dans des journaux ou des périodiques ayant une diffusion régionale ;
- Article 41 : ordonner à la demande du curateur l'apposition de scellés ;
- Article 43 : autoriser le curateur à se faire aider, sous sa responsabilité, pour la rédaction de l'inventaire comme pour l'estimation des objets, pour la conservation des actifs et pour leur réalisation, par qui il juge convenable ;
- Article 48 : autoriser le curateur à délivrer au failli, personne physique, et à sa famille des meubles et effets nécessaires à leur propre usage ainsi que de leur attribuer un secours alimentaire ;
- Article 49 : autoriser le curateur à vendre immédiatement les actifs sujets à déperissement prochain, à dépréciation imminente, ou si le coût de la conservation des biens est trop élevé compte-tenu des actifs de la faillite ;
- Article 50 : autoriser le failli à ouvrir les lettres et messages qui lui sont adressés ;
- Article 51 : autoriser le curateur à conserver un montant maximum sur un compte bancaire ;
- Article 58 : autoriser le curateur à transiger ;
- Article 88 : autoriser le curateur à se faire restituer l'objet du gage moyennant le paiement de la dette ;
- Article 100 : ordonner, à la demande du curateur, la vente publique d'immeubles dépendant de la masse faillie ;

²²⁶ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 320.

²²⁷ Article 11 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 361. Voy. également les articles 35 et 40 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

²³⁰ Cass., 21 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 916.

²³¹ M. GRÉGOIRE, « Remplacement du juge-commissaire ou du curateur de faillite : un seul article pour deux régimes », note sous Cass., 4 septembre 2008, *R.D.C.*, 2009, pp. 77-79.

²³² F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 321 et s.

²³³ La tutelle d'autorisation est comprise au sens large dans le cadre de notre énumération. Elle vise non seulement le pouvoir d'autorisation au sens strict mais également les pouvoirs que l'on pourrait y assimiler.

- Article 107 : autoriser le curateur à exiger la livraison des marchandises, en payant le prix convenu entre le vendeur et le failli ;
- Article 108 : autoriser le curateur à admettre les demandes en revendication de marchandises, effets de commerce et autres biens et à s'opposer à la revendication prévue à l'article 101 en payant le prix convenu entre le vendeur et le failli.

CHAPITRE 2. LE JUGE-COMMISSAIRE ET LE CONTRAT

68. Introduction. Le pouvoir du juge-commissaire à l'égard des contrats conclus par le failli ou le curateur est essentiellement lié à sa tutelle d'autorisation. Cette tutelle s'exerce tant au niveau de la formation que de l'exécution du contrat. À l'inverse, la dissolution du contrat semble échapper de prime abord à l'emprise du juge-commissaire.

Section 1. Formation du contrat

Sous-Section 1. Pouvoir d'autorisation : le contrat de transaction

69. Base légale. L'article 58, alinéa 1^{er} de la loi du 8 août 1997 dispose que « Les curateurs peuvent, avec l'autorisation du juge-commissaire, et le failli dûment appelé, transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse, même sur celles qui sont relatives à des actions et droits immobiliers ». Ce pouvoir de transiger du curateur permet une « réalisation rapide et sûre »²³⁴.

70. Le contrat de transaction. L'objet de la transaction peut viser « les contestations à naître ou celles qui ont déjà pris naissance, (...) celles relatives à des actions mobilières ou immobilières, (...) et celles concernant des créances actives ou passives de la faillite »²³⁵. Le terme transaction implique, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 28 février 1985²³⁶, un litige ainsi que des abandons réciproques de prétentions.

La question s'est posée de savoir si le pouvoir de transiger englobait également celui de compromettre. On considérait initialement que le pouvoir de transiger n'emportait pas celui de soumettre un litige à des arbitres²³⁷. La tendance s'est toutefois inversée en faveur de la reconnaissance d'un pouvoir de compromettre au bénéfice du curateur²³⁸.

Les auteurs se montrent plus réticents à l'égard du désistement. Même si l'arrêt de la Cour de cassation du 15 septembre 1994²³⁹ laisse entendre que le désistement

est visé par l'article 492 de la loi de 1851 (remplacé par l'article 58 de la loi du 8 août 1997), les auteurs se montrent partagés²⁴⁰. L'acquiescement et la renonciation font l'objet des mêmes discussions²⁴¹. Pour se prémunir, les curateurs auront à cœur d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire avant de se désister, d'acquiescer ou de renoncer surtout dans les dossiers dont les enjeux sont importants et les décisions délicates.

71. Formalités. Le failli est appelé par le curateur à la négociation de la transaction²⁴². Il participera à la confection de la transaction²⁴³ en faisant valoir ses explications sans qu'un refus éventuel puisse venir la paralyser. Il est en effet « équitable de l'entendre (le failli) avant de réduire ses droits »²⁴⁴. L'autorisation du juge-commissaire est par nature préalable à l'acte, au contraire de l'homologation qui, par essence, est postérieure²⁴⁵.

Conformément à l'article 39 de la loi, une liste des transactions devra figurer au dossier de la faillite.

72. Sanction du défaut d'autorisation. Lorsque le curateur néglige de se conformer aux formalités prescrites, la transaction est nulle²⁴⁶. Le cocontractant lésé qui ne dispose pas d'action contre la masse dispose toutefois d'une action en responsabilité contre le curateur²⁴⁷.

73. Valeur de la transaction. Les transactions qui portent sur des droits immobiliers ou dont l'objet est d'une valeur indéterminée ou qui excède 12.500 euros seront de surcroît soumises à une procédure d'homologation devant le tribunal (voy. *infra* n° 104 à 106). Le montant de 12.500 euros vise le montant du litige et non « la somme payée au demandeur ni la somme à laquelle il renonce »²⁴⁸.

²³⁴ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 476.

²³⁵ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 701.

²³⁶ Cass., 28 février 1985, *R.D.C.*, 1985, p. 384. Voy. également Liège, 21 mars 2013, inédit, n° F-20130321-8.

²³⁷ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 477.

²³⁸ F. T'KINT, W. DERUCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 293-294.

²³⁹ Cass., 15 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 727.

²⁴⁰ En faveur d'une assimilation entre pouvoir de transaction et de désistement : A. ZENNER, *Faillites et concordats 2002. La réforme et sa pratique*, Les dossier du Journal des Tribunaux n° 38, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2003, p. 267. En défaveur : I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 703.

²⁴¹ Voy. en faveur d'une autorisation du juge-commissaire à l'acquiescement : Liège, 8 octobre 1999, *J.T.*, 2000, p. 85.

²⁴² Article 58, alinéa 2. I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 701.

²⁴³ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 476 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 703.

²⁴⁴ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 476.

²⁴⁵ Mons, 22 mars 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 274-275.

²⁴⁶ E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 116.

²⁴⁷ *Ibid.* ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 703.

²⁴⁸ E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 113.

Sous-section 2. Pouvoir d'autorisation : le contrat de vente

74. Pluralité d'hypothèses. La matière de la vente est régie tant par la loi du 8 août 1997 (articles 49, 75 et 100) que par le Code judiciaire (articles 1190 et suivants). On y rencontre de nombreuses hypothèses où l'intervention du juge-commissaire est exigée.

Premièrement, il appartient au curateur d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire pour la vente des objets sujets à déperissement²⁴⁹ (Voy. *infra* n° 75 et s.).

Ensuite, la vente des marchandises, effets mobiliers et immeubles est soumise à d'autres formalités. L'article 75 de la loi sur les faillites impose au juge-commissaire de « convoque[r] le failli pour, en présence des curateurs, recueillir ses observations sur la meilleure réalisation possible de l'actif ». La vente, qui n'est pas expressément subordonnée à l'accord du juge-commissaire, doit cependant avoir lieu sous sa surveillance.

La vente immobilière fait enfin l'objet de dispositions spécifiques. D'un côté, l'article 100 de la loi sur les faillites dispose que « S'il n'y a pas de poursuites en expropriation des immeubles commencées avant le prononcé du jugement déclaratif de faillite, les curateurs seuls sont admis à réaliser la vente. Le juge-commissaire ordonne la vente à la requête des curateurs ou d'un créancier hypothécaire ». De l'autre, l'article 1190 du Code judiciaire soumet la vente immobilière à l'autorisation du juge-commissaire.

A. VENTE DES ACTIFS SUJETS À DÉPÉRISSEMENT OU AU COÛT DE CONSERVATION ÉLEVÉ

75. Base légale. L'article 49 de la loi sur les faillites dispose que « Les curateurs peuvent, nonobstant tout recours contre le jugement déclaratif de faillite et sur l'autorisation du juge-commissaire, vendre immédiatement les actifs sujets à déperissement prochain, à dépréciation imminente, ou si le coût de la conservation des biens est trop élevé compte-tenu des actifs de la faillite ». On distingue deux catégories de vente qui pourront être effectuées par le curateur sur autorisation du juge-commissaire : d'une part, la vente des actifs sujets à déperissement prochain ou dépréciation imminente, d'autre part, les biens à coût trop élevé pour être conservés.

76. Justification. Certains actifs exigent d'être vendus sans retard. Leur conservation entraîne des coûts exorbitants ou diminue sensiblement leur valeur voire la réduit à zéro. L'augmentation considérable du passif et les moins-values au niveau de l'actif sont préjudiciables à la masse des créanciers. Dans ce cadre, il est permis au curateur de vendre ces biens immédiatement, sans attendre le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances. Il ne le pourra toutefois, pour éviter les abus, que sur autorisation du juge-commissaire. Le curateur, en prenant en compte les intérêts de la masse, procédera à une vente de gré à gré ou publique.

77. Actifs sujets à déperissement ou dépréciation imminente. Le déperissement concerne l'état de la chose elle-même tandis que la dépréciation vise sa valeur

marchande²⁵⁰. Le premier vise, par exemple, la vente de marchandises périssables telles les denrées alimentaires. Le second renvoie plutôt aux biens soumis à de fortes variations de valeurs²⁵¹. On pense par exemple, à l'instar de I. Verougstraete, aux ventes comptoirs de marchandises. On retrouve également, en jurisprudence, le cas où une demande de lotissement doit être introduite à bref délai sous peine de perdre cette possibilité²⁵². Récemment de nombreuses décisions ont élargi l'application de l'article 49 aux réalisations et cessions de fonds de commerce. Le tribunal de commerce de Charleroi, dans son jugement du 16 juin 2000²⁵³, a rappelé que « La doctrine et la jurisprudence admettent que cette disposition [l'article 49] puisse s'appliquer à la vente d'un fonds de commerce ainsi qu'à un immeuble qui serait étroitement lié au fonds de commerce ». La cour d'appel de Mons, dans son arrêt du 26 octobre 2006²⁵⁴, confirme que la notion d'objet à dépréciation imminente s'applique à un fonds de commerce et s'interprète en ce sens en doctrine et jurisprudence : « Cela semble correspondre au vœu du législateur : un fonds de commerce peut perdre en quelques heures toute sa valeur parce que la clientèle prend l'habitude de remplacer le failli par un autre commerçant non failli qui s'attache la clientèle volatile²⁵⁵ ».

78. Biens à coût trop élevé pour être conservés. Cette deuxième catégorie fut ajoutée par la loi du 4 septembre 2002²⁵⁶ en vue de consacrer l'interprétation large donnée en doctrine et jurisprudence à l'article 49²⁵⁷. On y retrouve généralement les actifs dont la conservation implique des frais exorbitants. La conservation de ces biens génère en effet des frais (frais de dépôt ou de location de magasins, gares, entrepôts)²⁵⁸. Il est impératif d'y mettre fin au plus tôt en procédant à la vente des biens pour lesquels ces frais sont engagés.

79. Meubles et immeubles. On admet généralement que tant les meubles que les immeubles sont visés par la disposition en cause. Aucune distinction ne vient en effet restreindre le champ d'application de l'article 49. Déjà sous l'empire de l'ancienne loi sur les faillites, bien que la doctrine majoritaire considérait que les biens immeubles n'étaient pas visés par la disposition, le tribunal de commerce de Bruxelles²⁵⁹ estimait que l'article 477 trouvait à s'appliquer pour la vente d'un immeuble frappé de dépréciation imminente.

²⁵⁰ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 351.

²⁵¹ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 490.

²⁵² Voy. Comm. Anvers, 28 septembre 1973, *J.C.B.*, 1975, p. 551 cité par I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 490.

²⁵³ Comm. Charleroi, 16 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2001, pp. 399-402, note A.A. HENDERICKX.

²⁵⁴ Mons, 26 octobre 2006, *R.R.D.*, 2006, pp. 350-355.

²⁵⁵ Mons, 26 octobre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 353.

²⁵⁶ Loi du 4 septembre modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *M.B.*, 21 septembre 2002.

²⁵⁷ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 489.

²⁵⁸ E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 83.

²⁵⁹ Comm. Bruxelles, 16 septembre 1977, *Jur. Comm. Belg.*, 1978, pp. 99 et s., obs.

²⁴⁹ Article 49 de la loi sur les faillites.

Le tribunal de commerce de Charleroi²⁶⁰ émit toutefois quelques réserves quant aux formalités à respecter. *Quid* en effet de l'application des articles 1190 et 1193ter du Code judiciaire et de l'autorisation du tribunal (voy. sur le contenu de ces articles *infra* n° 86 et s.) ? La motivation du jugement rendu par le tribunal le 16 juin 2000 témoigne de sa perplexité : le tribunal décide qu'est recevable « la citation de la curatelle visant à se voir autoriser par le tribunal²⁶¹, après débat contradictoire et public, à réaliser les actifs avant la clôture du procès-verbal de vérification des créances »²⁶².

G. de Leval et F. Herinckx²⁶³ avancent qu'« à défaut de respecter les formalités habilitantes requises par l'article 1190 (vente publique) ou l'article 1193ter (vente de gré à gré) du Code judiciaire, une telle vente, pour être purgeante, devrait être acceptée par les créanciers inscrits avec engagement exprès de ceux-ci d'accepter le prix pour le règlement de leur droits (...) ».

80. Procédure. Le curateur confronté à l'exigence d'une vente rapide qui répond aux conditions de l'article 49, sollicite par voie de requête l'autorisation du juge-commissaire. Sans pour autant les citer, E. De Perre ajoute néanmoins que « certains auteurs décident que l'autorisation verbale donnée par le juge-commissaire suffirait »²⁶⁴. La cour d'appel de Mons, dans son arrêt du 26 octobre 2006²⁶⁵, accepte qu'un accord soit verbal pour autant qu'il soit confirmé par écrit postérieurement.

Le juge-commissaire s'assure de ce que les actifs répondent aux deux catégories fixées par la loi et autorise, le cas échéant, la vente²⁶⁶. En cas de doute, il conseillera judicieusement au curateur de respecter le prescrit des articles 75 et 100 de la loi sur les faillites. Le juge-commissaire veille également à ce que la vente ne viole pas les droits des tiers. Dans son arrêt du 19 février 2009²⁶⁷, notre Cour suprême a considéré qu'en n'examinant pas l'incidence des clauses interdisant la cession et la sous-location des baux sur la vente du fonds de commerce, le jugement attaqué ne justifie pas légalement sa décision.

Aucune discussion préalable avec le failli n'est rendue obligatoire par l'article 49. Les articles 100 ou 116 ne trouveront pas à s'appliquer²⁶⁸⁻²⁶⁹. La vente aura lieu soit de gré à gré, soit publiquement. Le mode de vente ne faisant l'objet d'aucune

précision spécifique, on considère généralement que c'est au curateur qu'il appartiendra de déterminer le mode et les conditions de vente²⁷⁰.

La vente de ces actifs n'est ainsi soumise qu'à la décision du curateur et l'autorisation du juge-commissaire.

81. Sanction. À défaut d'autorisation, la vente est entachée de nullité²⁷¹ au profit de la masse.

82. Un recours abusif à l'article 49. On constate un recours abusif à l'article 49. Les curateurs y voient un expédient à l'inadéquation de l'article 75. Alain A. Henderickx avance ainsi que « le législateur a conçu l'autorisation de l'article 49 pour rencontrer des hypothèses exceptionnelles. La réalité semble démontrer que cette hypothèse d'exception devient au contraire progressivement la règle en raison de l'inadaptation des contraintes et délais imposés par l'article 75 de la loi sur les faillites »²⁷².

83. Autres biens meubles et immeubles. Les ventes des biens qui échappent à l'application de l'article 49 seront soumises à un autre régime. Nous renvoyons le lecteur aux numéros suivants.

B. LA VENTE DES IMMEUBLES, MARCHANDISES ET EFFETS MOBILIERS

84. L'article 75 de la loi du 8 août 1997. La vente de l'ensemble des actifs devra se faire sous la surveillance du juge-commissaire. L'article 75, alinéa 1er de la loi prévoit en effet que « Dès le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances ou à dater de quelque date ultérieure que ce soit, les curateurs procèdent à la liquidation de la faillite. Le juge-commissaire convoque le failli pour, en présence des curateurs, recueillir ses observations sur la meilleure réalisation possible de l'actif. Il en est dressé procès-verbal. Les curateurs vendent notamment les immeubles, marchandises et effets mobiliers, le tout sous la surveillance du juge-commissaire en se conformant aux dispositions des articles 51 et 52, et sans qu'il soit besoin d'appeler le failli. Ils peuvent transiger de la manière prescrite à l'article 58 sur toutes espèces de droit appartenant au failli, nonobstant toute opposition de sa part ».

85. Vente des actifs mobiliers. Le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances constitue pour le curateur une « date charnière »²⁷³. La date du dépôt

²⁶⁰ Comm. Charleroi, 16 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2001, pp. 399-402, note A.A. HENDERICKX.

²⁶¹ Nous mettons en italique.

²⁶² Comm. Charleroi, 16 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2001, pp. 399-402, note A.A. HENDERICKX.

²⁶³ G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 187.

²⁶⁴ E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 113.

²⁶⁵ Mons, 26 octobre 2006, *R.R.D.*, 2006, pp. 350-355.

²⁶⁶ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 351.

²⁶⁷ Cass., 19 février 2009, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 726-728.

²⁶⁸ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 489.

²⁶⁹ Le non-respect de ces articles ne sera toutefois pas sans incidence (voy. *supra* n° 79).

²⁷⁰ E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 82 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 491.

²⁷¹ Voy., L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, pp. 327, 351 ; A. CLOQUET, *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV : les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, n° 2572, p. 741.

²⁷² A.A. HENDERICKX, « Du bon usage de l'article 49 de la loi sur les faillites », note sous Comm. Charleroi, 16 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 402.

²⁷³ Expression utilisée par G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 168.

est fixée dans le jugement déclaratif de faillite conformément à l'article 11²⁷⁴. À compter de cette dernière, débute la phase de liquidation proprement dite. Le curateur poursuit la vente des actifs et décide des modalités de vente²⁷⁵. L'article 75 ne subordonne pas la vente des objets mobiliers et marchandises à l'autorisation préalable expresse du juge-commissaire²⁷⁶. Nous ne sommes donc pas en présence d'un véritable pouvoir d'autorisation dans le chef du juge-commissaire²⁷⁷.

Les formalités imposées par la loi se limitent à la convocation du failli invité à faire valoir ses observations sur la meilleure réalisation possible de l'actif. En pratique, la convocation se fera généralement à la séance de clôture du procès-verbal de vérification des créances à laquelle le failli est sommé de comparaître en vertu de l'article 13 de la loi²⁷⁸. Le greffier dresse procès-verbal des observations du failli et le joint au dossier de la faillite. Ni le juge-commissaire, ni le tribunal, ni même le failli ne pourront imposer leur point de vue ou donner des injonctions au curateur²⁷⁹.

86. Vente des actifs immobiliers²⁸⁰. Le présent volet étudiera uniquement les ventes postérieures au jugement déclaratif de faillite. Il est renvoyé aux numéros 44 et s. pour les ventes conclues par le futur failli avant le jugement déclaratif.

La vente des immeubles dépendant d'une masse faillie est soumise à des « formalités préalables et accompagnatrices »²⁸¹. Les principes résultent d'une combinaison entre, d'une part, l'article 100 de la loi sur les faillites et, d'autre part, les articles 1190 et suivants du Code judiciaire. Nous verrons à cette occasion que le droit d'initiative se partage entre le curateur et les créanciers. Deux périodes devront être distinguées. La date charnière sera celle du dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances.

87. Vente des actifs immobiliers durant la période antérieure au premier procès-verbal de vérification des créances (renvois). Nous avons vu que le curateur doit patienter jusqu'au premier procès-verbal de vérification des créances avant de procéder à la vente des actifs. Ce principe fait toutefois l'objet de deux exceptions. La première découle de l'article 49 et fait l'objet de plus amples développements *supra* aux n° 75 à 82. La seconde procède de l'article 100, alinéa 4 de la loi sur les faillites. Elle retiendra notre attention dans le chapitre consacré au pouvoir du tribunal de commerce (voy. *infra* n° 108 et s.).

²⁷⁴ « Ce moment est fixé de manière à ce qu'il s'écoule cinq jours au moins et trente jours au plus entre l'expiration du délai accordé pour la déclaration des créances et le dépôt du premier procès-verbal de vérification » (Voy. article 11 de la loi sur les faillites).

²⁷⁵ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 670.

²⁷⁶ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fecheyx, 1949, p. 479.

²⁷⁷ Par souci de clarté, nous avons toutefois jugé utile d'insérer ce propos dans la sous-section 2 consacrée au pouvoir d'autorisation du juge-commissaire.

²⁷⁸ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 670.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 681 et s.

²⁸¹ G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 184.

88. Vente des actifs immobiliers postérieurement au premier procès-verbal de vérification des créances. Le curateur peut, dès le premier procès-verbal de vérification des créances, procéder à la vente des actifs immobiliers conformément aux articles 1190 et suivants du Code judiciaire. Le curateur y procédera d'initiative ou, en application de l'article 100, alinéa 1^{er}, suite à une éventuelle requête déposée au juge-commissaire par les créanciers hypothécaires ou privilégiés inscrits (autres que le créancier hypothécaire premier inscrit²⁸²). Le juge-commissaire, saisi sur requête soit par le curateur soit par les créanciers, ordonnera la vente²⁸³.

Le choix entre vente publique (article 1190 du Code judiciaire) et vente de gré à gré (article 1193^{ter}) incombe au curateur. La première reste toutefois le principe et la seconde l'exception.

89. Le principe : la vente publique. C'est au sein de l'article 1190 du Code judiciaire que sont inscrits les principes qui gouvernent la vente publique d'un immeuble qui dépend de la masse faillie. Notre propos se limitera à l'hypothèse la plus fréquente : celle d'un immeuble appartenant en pleine propriété au failli²⁸⁴.

La vente publique est soumise à l'autorisation du juge-commissaire²⁸⁵. Ce dernier sera saisi par voie de requête unilatérale. Le juge-commissaire accorde son autorisation en motivant sa décision²⁸⁶. Il désigne également le notaire par le ministère duquel la vente publique aura lieu²⁸⁷.

Nous renvoyons sur les formalités accompagnatrices de la vente publique à l'excellente contribution de G. de Leval et F. Herinckx²⁸⁸. Nous soulignerons uniquement que « la vente des immeubles du failli est fictivement réglée comme s'il s'agissait d'une vente volontaire à l'initiative du failli »²⁸⁹. « Le curateur est seul

²⁸² Car, conformément à l'article 100, alinéa 2, le créancier hypothécaire premier inscrit peut faire procéder à la vente de l'immeuble après le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances (J. DECHARNEUX, R. AYDOGDU, « Ordre et procédure collectives : un long fleuve tranquille ? », in X, *La procédure d'ordre en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 102).

²⁸³ J. DECHARNEUX, R. AYDOGDU, « Ordre et procédure collectives : un long fleuve tranquille ? », in X, *La procédure d'ordre en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 102.

²⁸⁴ Pour les situations où l'immeuble ne dépend de la masse faillie qu'en usufruit, nue-propiété ou à concurrence d'une quote-part indivise, nous renvoyons à G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 199-202. Voy. également : F. DEBUCQUOY, « Verkoop op initiatief van de curator, met de medewerking der overige (bekwame meerderjarige), mede-eigenaars, van de totaliteit van een onroerend goed onverdeeld toebehorend aan een onghewuude gefailleerde », note sous Comm. Tongres, 27 septembre 1999, *T. Not.*, 2002, pp. 46-53.

²⁸⁵ J. DECHARNEUX, R. AYDOGDU, « Ordre et procédure collectives : un long fleuve tranquille ? », in X, *La procédure d'ordre en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 102.

²⁸⁶ Article 35, alinéa 5 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

²⁸⁷ Article 1190 du Code judiciaire.

²⁸⁸ G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 203-223.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 217.

juge de l'opportunité de la vente, en manière telle qu'il peut refuser l'adjudication, sous sa responsabilité, s'il estime que le prix est insuffisant »²⁹⁰.

90. L'exception : la vente de gré à gré. Le curateur, en vertu de l'article 1193ter du Code judiciaire, peut recourir à la vente de gré à gré. La possibilité de recourir à cette formule est le fruit d'une réforme datant de 1981²⁹¹. Le recours à la vente de gré à gré doit toutefois être envisagé comme une exception²⁹². La vente de gré à gré doit servir les intérêts de la masse faillie. L'article 1193ter, alinéa 3 est clair : « L'autorisation est accordée si l'intérêt de la masse faillie l'exige et de l'avis du juge-commissaire. L'ordonnance doit indiquer expressément la raison pour laquelle la vente de gré à gré sert l'intérêt de la masse faillie (...) ».

Le mécanisme de « double autorisation »²⁹³ qui avait cours sous l'empire de l'ancienne loi est dorénavant remplacé par un simple avis. Le contrôle a toutefois lieu à deux niveaux. D'une part, un avis préalable du juge-commissaire est exigé, d'autre part, le tribunal doit autoriser expressément le curateur à recourir à la vente de gré à gré²⁹⁴. Seul le premier verrou concerne la présente section. Le pouvoir d'autorisation du tribunal sera explicité *infra* n° 111 à 114.

91. Le rôle du juge-commissaire. Pour rappel, l'accord du juge-commissaire sur la vente de gré à gré était, sous l'empire de l'ancienne loi, nécessaire²⁹⁵. Le tribunal ne pouvait en effet autoriser la vente que sur avis conforme du juge-commissaire²⁹⁶. Aujourd'hui, I. Verougstraete considère que « le juge-commissaire doit donner son avis, mais son accord n'est plus requis. C'est logique : son rôle de surveillance et d'appréciation est relayé par le tribunal ». L'expression utilisée à l'article 1193ter²⁹⁷ ne nous paraît néanmoins pas appeler une réponse aussi catégorique.

On admet que le juge-commissaire puisse donner son accord (ou à tout le moins son avis) à l'audience fixée devant le tribunal de commerce et non antérieurement²⁹⁸. Si le curateur sollicite l'avis du juge-commissaire avant l'audience, il

formulera à cette occasion sa demande de désignation. Il appartient en effet également au juge-commissaire de désigner un notaire pour préparer le projet d'acte de vente à joindre à la requête en autorisation²⁹⁹.

Section 2. Exécution du contrat

92. Aperçu. Le pouvoir du juge-commissaire au stade de l'exécution du contrat est fort limité. Nous nous bornerons à rappeler les hypothèses qui entraînent pour le curateur l'obligation de requérir l'autorisation du juge-commissaire. Les contrats de gage et de vente seront au cœur de notre propos.

93. Article 88 de la loi sur les faillites³⁰⁰. En vertu de l'article 88 de la loi sur les faillites, les curateurs peuvent, moyennant le remboursement de leurs dettes, procéder au retrait du gage des créanciers gagistes au profit de la faillite. Cette faculté est toutefois subordonnée à l'autorisation du juge-commissaire. Le curateur se voit donc limité dans ses prérogatives. L'article 88 est généralement invoqué lorsque le prix du bien gagé apparaît supérieur à la créance.

94. Article 107 de la loi sur les faillites³⁰¹. L'article 107 de la loi sur les faillites ouvre le droit aux curateurs d'exiger la livraison des marchandises, en payant le prix convenu entre le vendeur et le failli. Cette faculté est à nouveau soumise à l'autorisation préalable du juge-commissaire et ne pourra être exercée que dans l'intérêt de la masse.

95. Article 108 de la loi sur les faillites³⁰². La faillite ne porte pas atteinte au droit de revendication dont bénéficie le propriétaire d'un bien détenu par le failli (article 101 de la loi sur les faillites)³⁰³. Face à une demande de revendication, le curateur doit prendre position. Soit, il ne conteste pas la demande, soit il s'y oppose en payant le prix convenu à l'exclusion des intérêts et pénalités³⁰⁴. Les deux décisions exigent toutefois « l'autorisation » du juge-commissaire.

Section 3. Dissolution du contrat

96. Rôle limité voire inexistant. Le juge-commissaire ne dispose pas de levier d'action particulier au niveau de la dissolution du contrat. Tout au plus le juge-commissaire pourrait-il conseiller le curateur dans le cadre de l'application de l'article 46 de la loi sur les faillites. Le curateur n'est toutefois nullement tenu de consulter le juge-commissaire dans le cadre de son pouvoir de résiliation.

²⁹⁰ G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 217-218.

²⁹¹ Loi modifiant le Code judiciaire en matière de certaines ventes d'immeubles du 18 février 1981, *M.B.*, 28 février 1981.

²⁹² L.M. HENRION, C. VAN BUGGENHOUT, « La vente des immeubles de gré à gré : article 1193ter du Code judiciaire », *R.D.C.*, 1990, p. 375 ; F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 342 ; G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 223.

²⁹³ Voy. Comm. Charleroi, 13 mars 1986, *R.D.C.*, 1987, pp. 391 et s.

²⁹⁴ J. DECHARNEUX, R. AYDOGDU, « Ordre et procédure collectives : un long fleuve tranquille ? », in X, *La procédure d'ordre en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 102.

²⁹⁵ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 686.

²⁹⁶ L.M. HENRION, C. VAN BUGGENHOUT, « La vente des immeubles de gré à gré : article 1193ter du Code judiciaire », *R.D.C.*, 1990, p. 381.

²⁹⁷ « L'autorisation est accordée si l'intérêt de la masse faillie l'exige et de l'avis du juge-commissaire ».

²⁹⁸ L.M. HENRION, C. VAN BUGGENHOUT, « La vente des immeubles de gré à gré : article 1193ter du Code judiciaire », *R.D.C.*, 1990, p. 381. Voy. également Comm. Namur, 29 janvier 1992, *R.D.C.*, 1992, pp. 1094 et s.

²⁹⁹ Voy. G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 224.

³⁰⁰ Voy. A. DE WILDE, « Art. 88-90 Faillissementswet 1997 », in X, *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Anvers, Kluwer, 2001, Art. 88-1 - Art. 90-4.

³⁰¹ Voy. A. DE WILDE, « Art. 102-108 Faillissementswet 1997 », in X, *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Anvers, Kluwer, 2001.

³⁰² Voy. A. DE WILDE, « Art. 102-108 Faillissementswet 1997 », in X, *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Anvers, Kluwer, 2001.

³⁰³ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 686.

³⁰⁴ Il s'agit des hypothèses où il est dans l'intérêt de la masse de conserver certains actifs.

TITRE III. LE POUVOIR DU TRIBUNAL DE COMMERCE

97. Plan. Le législateur a investi le tribunal de commerce de pouvoirs particuliers que ce soit au niveau de la formation, de l'exécution et la dissolution du contrat. Après avoir dressé un rapide panorama du rôle général assumé par le tribunal (Chapitre 1), nous reviendrons sur les pouvoirs dont il dispose lorsqu'il est confronté à certains contrats (Chapitre 2). À cette occasion, il nous sera permis d'élargir notre propos en dépassant le cadre strict du tribunal de commerce.

CHAPITRE 1. UN ACTEUR DE LA FAILLITE

Section 1. Présentation

98. Un acteur indispensable et omniprésent. Le tribunal de commerce se voit confier « la haute tutelle sur l'administration de la faillite »³⁰⁵. Il joue un rôle essentiel tout au long de la procédure. C'est d'ailleurs par son intervention que tout commence et que tout finit puisqu'il déclare la faillite et la clôture. Il intervient à tous les stades de la procédure et dispose de prérogatives diverses. Lorsque l'enjeu devient plus important, c'est au tribunal qu'il appartient de trancher. Le contrôle passe alors des mains du juge-commissaire au tribunal.

99. Le président du tribunal. En marge des pouvoirs conférés au tribunal, le législateur a entendu réserver certaines prérogatives au président du tribunal de commerce. Le dessaisissement du débiteur et la désignation consécutive d'un administrateur provisoire en vertu de l'article 8 de la loi³⁰⁶ échappent à l'emprise du tribunal. Il en va de même de la prestation de serment des curateurs et des conflits d'intérêts auxquels ils sont confrontés³⁰⁷.

Section 2. Pouvoirs

100. Une grande diversité. Le tribunal de commerce dispose de pouvoirs éparés et diversifiés. Ainsi, le tribunal de commerce entre autres³⁰⁸ :

- déclare la faillite ;
- nomme le curateur et le juge-commissaire (article 11) ;

³⁰⁵ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 324.

³⁰⁶ L'article 8 dispose : « Lorsqu'il existe des indices graves, précis et concordants que les conditions de la faillite sont réunies, et qu'il y a urgence, le président du tribunal de commerce peut dessaisir en tout ou en partie le commerçant ou la société de commerce de la gestion de tout ou partie de ses biens. Le président statue, soit sur requête unilatérale de tout intéressé, soit d'office. Le président désigne un ou plusieurs administrateurs provisoires ayant de l'expérience en matière de gestion d'entreprise et de comptabilité et précise leurs pouvoirs (...) »

³⁰⁷ Article 30 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

³⁰⁸ Voy. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 325; T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGER, M. SIMONIS, N. THIRION, *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 744-745.

- suspend le droit d'exécution des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales pendant un an (article 26) ;
- décide le cas échéant du remplacement du curateur ou du juge-commissaire (article 31) ;
- autorise la poursuite des activités du failli (article 47) ;
- autorise certaines transactions (article 58) ;
- statue sur les contestations de créances (article 70) ;
- autorise le curateur à déférer le serment *litisdécisoire* (article 58, alinéa 3) ;
- homologue un transfert d'entreprise (article 75, § 4) ;
- autorise la vente de gré à gré immobilière (article 1193ter du Code judiciaire) ;
- taxe les honoraires du curateur ;
- se prononce sur l'excusabilité (article 80) ;
- clôture la faillite (article 80).

101. Juridiction de recours. Le tribunal de commerce est également compétent pour statuer sur les recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire³⁰⁹. Le tribunal chapeaute ainsi l'édifice. Les jugements rendus sur les recours formés contre les ordonnances ne seront, eux, pas susceptibles d'appel ni d'opposition.

CHAPITRE 2. LE TRIBUNAL DE COMMERCE ET LE CONTRAT

102. Remarques liminaires. Malgré son importance pratique considérable, nous ne reviendrons pas sur la compétence du tribunal en tant que juridiction de recours. Nous retiendrons simplement que le tribunal connaît des recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire.

Le sort des sûretés conventionnelles qui fait l'objet d'une contribution à part entière (Voy. dans cet ouvrage, la contribution de A.S. Gigot) ne sera également que brièvement évoqué.

103. Introduction. La structure empruntée pour l'étude des précédentes problématiques est maintenue. Les pouvoirs du tribunal de commerce seront analysés à l'aune des étapes de la vie du contrat. Nous sortirons quelque peu des sentiers battus en proposant quelques digressions sur les pouvoirs reconnus non plus au tribunal de commerce mais aux cours et tribunaux au sens large.

Section 1. Formation du contrat

Sous-section 1. Pouvoir d'homologation

A. LE CONTRAT DE TRANSACTION

104. Base légale. L'article 58, alinéa 2 prévoit que lorsque la transaction porte sur des droits immobiliers ou que son objet est d'une valeur indéterminée ou supérieure à 12.500 euros, elle doit être homologuée par le tribunal de commerce. Outre l'autorisation du juge-commissaire, une procédure d'homologation est nécessaire pour rendre la transaction obligatoire³¹⁰.

³⁰⁹ Article 35, alinéa 5 de la loi sur les faillites du 8 août 1997.

³¹⁰ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 476.

105. Procédure. Les auteurs considèrent généralement que le curateur doit, aux fins d'homologation, assigner son cocontractant et le failli devant le tribunal de commerce³¹¹⁻³¹². Ces derniers pourront ainsi faire valoir leurs observations et prendre position sur la transaction. Le but de l'article 58 est en effet de « vérifier que la transaction rencontre les intérêts du failli et ses créanciers »³¹³. Bien que leurs arguments puissent faire pencher la balance en faveur ou non de l'homologation, un éventuel refus ne pourra pas paralyser le pouvoir d'homologation du tribunal.

L'arrêt de la cour d'appel de Mons du 22 mars 2004³¹⁴ est toutefois venu nuancer ces principes. Selon la cour, « le cocontractant, qui n'a pas besoin de protection particulière, est obligé du seul fait de la conclusion du contrat de transaction alors que seule l'homologation rend la transaction obligatoire à l'égard du curateur *qualitate qua* et des personnes qu'il représente ». Selon cette jurisprudence, le curateur est déchargé de l'obligation de citer son cocontractant dans le cadre de la procédure d'homologation.

Dans un arrêt récent du 25 février 2010, la cour d'appel d'Anvers³¹⁵ a statué en ce sens que les actionnaires ou personnes ayant un intérêt financier dans la reconstitution ou conservation du patrimoine ne pouvaient faire intervention volontaire dans la procédure d'homologation à défaut de qualité.

106. Appréciation du tribunal. Au cours de la procédure d'homologation, il n'est pas question de renégocier cette dernière ; l'objet de la procédure est d'apprécier si l'homologation se justifie³¹⁶. Soit la transaction est homologuée, soit elle est non avenue³¹⁷.

L'obligation d'entendre le failli permet de recueillir ses observations. L'arrêt de la cour d'appel de Liège du 21 mars 2013³¹⁸ nous éclaire sur les principes qui gouvernent l'appréciation, par les cours et tribunaux, de la convention de transaction.

La cour estime, vu l'absence d'excusabilité et la dissolution de la société faillie qu'entraîne la faillite que, « même si celle-ci doit être convoquée et entendue en ses observations lorsque le juge est appelé à statuer sur une demande d'homolo-

gation d'une transaction conclue par la curateur, la prise en compte des intérêts de la société faillie apparaît (...) dénuée de tout intérêt pour celle-ci. (...) Les intérêts de la société faillie sont en toute hypothèse fort marginaux par rapport à ceux de ses créanciers (...) Le curateur ne commet pas un abus de droit en privilégiant les intérêts des créanciers au détriment de la société ».

L'arrêt ne vise toutefois que les sociétés faillies et non les faillis personnes physiques. Une portée plus large peut toutefois être attribuée à cet arrêt eu égard à la motivation suivante : « si le curateur n'a pas 'la charge de veiller aux intérêts personnels du failli', « il n'en demeure pas moins que l'intérêt de l'entreprise ne peut être méconnu » (Zenner, A., *Dépistages, faillites et concordats*, Larcier, 1998, p.438, n° 324). Et si « le curateur agit tant dans l'intérêt des créanciers que dans celui de l'entreprise elle-même (Doc., 631/1, www.lachambre.be, législation, 48, p.15), il est cependant admis qu'en cas de divergences d'intérêt, le curateur doit d'abord veiller aux intérêts des créanciers (I. Verougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2011, p. 342) »³¹⁹.

B. VENTE D'UNE ENTREPRISE EN ACTIVITÉ

107. Le transfert d'entreprise en *going concern*. L'article 75, § 4 de la loi sur les faillites organise le transfert de l'entreprise en *going concern*. Sans entrer dans les détails, nous noterons qu'il appartient au tribunal d'homologuer la cession selon des modalités conventionnelles dont l'exécution peut être poursuivie par les curateurs ou, après la clôture de la faillite par tout tiers intéressé. Le critère d'appréciation doit rester, dans le chef du tribunal, l'intérêt des créanciers³²⁰.

Sous-section 2. Pouvoir d'autorisation

A. L'ARTICLE 100, ALINÉA 4, DE LA LOI DU 8 AOÛT 1997

108. Base légale. L'article 100, alinéa 4, dispose que « Si la transcription hypothécaire de la saisie immobilière a eu lieu, les curateurs peuvent toujours en arrêter les effets, en procédant dans les mêmes formes, avec l'autorisation du tribunal de commerce, le failli appelé, à la vente des immeubles saisis (...) ».

109. Hypothèses visées. En principe, le curateur ne peut entamer la phase de liquidation des actifs qu'à compter du dépôt du premier procès-verbal de vérification de créance. L'article 100, alinéa 4 de la loi sur les faillites y déroge et permet au curateur de procéder sans attendre à la vente d'immeubles dépendants de la masse faillie. Cette faculté est limitée aux hypothèses de ventes publiques sur saisie commencées par un créancier hypothécaire ou privilégié de second rang ou de rang moindre. De plus, l'autorisation du tribunal est requise³²¹.

³¹¹ E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 115 ; I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 703.

³¹² Une requête conjointe peut également être envisagée (Voy. sur la comparution volontaire : I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 701).

³¹³ Mons, 22 mars 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 274-275 ; Liège, 21 mars 2013, inédit, n° F-20130321-8.

³¹⁴ Mons, 22 mars 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 274-275.

³¹⁵ Anvers, 25 février 2010, *R.D.C.*, 2011, pp. 583 et s.

³¹⁶ Liège, 21 mars 2013, inédit, n° F-20130321-8.

³¹⁷ I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 702. D'après L. FREDERICQ, « La transaction conclue en dehors des formes légales est nulle » (*Traité de droit commercial belge*, tome VII-VIII, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, p. 361). Seuls le failli et la masse pourront, d'après l'auteur, se prévaloir de la nullité.

³¹⁸ Liège, 21 mars 2013, inédit, n° F-20130321-8.

³¹⁹ Liège, 21 mars 2013, inédit, n° F-20130321-8.

³²⁰ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 345 ; I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 690.

³²¹ Voy. également J. DECHARNEUX, R. AYDOGDU, « Ordre et procédure collectives : un long fleuve tranquille ? », in X, *La procédure d'ordre en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 111.

110. Champ d'application limité et portée de l'article 100. L'article 100 vise uniquement « l'hypothèse d'une transcription de l'exploit de saisie avant le jugement déclaratif »³²² : la poursuite en expropriation a débuté avant la faillite. Le curateur, dans cette hypothèse, dispose de la faculté d'« arrêter la procédure de vente publique sur saisie et y procéder avec l'autorisation du tribunal de commerce »³²³. Si les poursuites ont été diligentées par un créancier hypothécaire premier inscrit, l'article 100, alinéa 4 ne trouve pas application : le curateur ne peut s'opposer à la procédure d'exécution forcée déjà initiée³²⁴.

Lorsque les poursuites n'ont pas été entamées avant le jugement déclaratif, les créanciers hypothécaires et privilégiés inscrits ne pourront faire transcrire une saisie-exécution immobilière avant le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances. La réalisation de la vente incombera aux seuls curateurs³²⁵. À l'inverse, le créancier premier inscrit bénéficie de la possibilité d'entamer la procédure³²⁶ après la survenance de la faillite dans les limites fixées à l'article 100, alinéa 2. Un droit de suspension de la procédure d'exécution est, à cette occasion, ouvert au curateur³²⁷.

B. LA VENTE DE GRÉ À GRÉ : ARTICLE 1193TER DU CODE JUDICIAIRE

111. Procédure. La vente de gré à gré prévue à l'article 1193ter du Code judiciaire est soumise à un double contrôle³²⁸ (voy. *supra* n° 90). Il appartient au tribunal d'autoriser cette vente sur avis du juge-commissaire. Le curateur introduit sa demande par requête unilatérale³²⁹. Il indiquera expressément les motifs pour lesquels la vente de gré à gré s'impose³³⁰, en se basant généralement sur le rapport d'expertise. Un projet d'acte de vente notarié, un certificat hypothécaire ainsi qu'un rapport d'expertise devront être déposés avec la requête³³¹.

112. L'intérêt de la masse. La vente de gré à gré ne peut être envisagée que si l'intérêt de la masse le commande³³². Il incombe au curateur d'étayer dans sa requête les motifs qui justifient le recours à cette formule. Le tribunal veille à pré-

ciser expressément dans son jugement les motifs sur lesquels il fonde sa décision d'autorisation³³³.

Les travaux préparatoires renvoient à la possibilité de distribuer un dividende (ou un dividende plus important) aux créanciers titulaires de privilèges généraux et créanciers chirographaires³³⁴. Avant la loi du 8 août 1997, on appréciait généralement l'intérêt de la masse par rapport à l'ensemble des réalisations et au prix global³³⁵. Certaines juridictions allaient jusqu'à invoquer l'intérêt de la masse pour soutenir d'autres objectifs louables tels la sauvegarde d'une entreprise ou l'intérêt d'une région³³⁶. La portée à attribuer à l'expression « servir l'intérêt de la masse faillie » fait toujours actuellement l'objet de vives discussions³³⁷.

113. Pouvoir d'homologation ou pouvoir d'autorisation ? Le choix de refuser ou d'autoriser la vente de gré à gré appartient au tribunal. Ce dernier est même admis à subordonner son autorisation à un prix minimum (article 1193ter, alinéa 3, *in fine* du Code judiciaire). De nombreux auteurs avancent que le tribunal peut également assortir son autorisation d'autres conditions³³⁸. La nature de la décision du tribunal a suscité l'intérêt de la doctrine et la jurisprudence. Doit-on reconnaître au tribunal un pouvoir de décision ou un pouvoir d'homologation ? La question a des implications pratiques. La marge de manœuvre du curateur est en effet diamétralement opposée selon les pouvoirs dont est investi le tribunal. Tandis qu'en présence d'une procédure d'homologation obligatoire, le curateur se voit offrir la possibilité de conclure des accords, cette faculté ne lui est pas reconnue lorsque le tribunal bénéficie d'un pouvoir de décision (ou d'autorisation préalable)³³⁹.

³²² G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente* Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 188.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibid.*, p. 189 ; J. DECHARNEUX, R. AYDOGDU, « Ordre et procédure collectives : un long fleuve tranquille ? », in X, *La procédure d'ordre en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 111.

³²⁵ G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 192.

³²⁶ L'hypothèse visée est celle où la procédure est initiée par le créancier hypothécaire premier inscrit après la faillite.

³²⁷ Article 100, alinéa 2 de la loi du 8 août 1997.

³²⁸ La double autorisation n'est toutefois plus requise actuellement.

³²⁹ L.M. HENRION, C. VAN BUGGENHOUT, « La vente des immeubles de gré à gré : article 1193ter du Code judiciaire », *R.D.C.*, 1990, p. 381 ; F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 343.

³³⁰ Article 1193ter, alinéa 1^{er} du Code judiciaire.

³³¹ Article 1193ter, alinéa 2 du Code judiciaire.

³³² Article 1193ter, alinéa 3 du Code judiciaire. Voy. J. DECHARNEUX, R. AYDOGDU, « Ordre et procédure collectives : un long fleuve tranquille ? », in X, *La procédure d'ordre en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 102.

³³³ Voy., à titre d'exemple, l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 29 juin 2006 (*J.L.M.B.*, 2007, pp. 1219-1221).

³³⁴ Voy. L.M. HENRION, C. VAN BUGGENHOUT, « La vente des immeubles de gré à gré : article 1193ter du Code judiciaire », *R.D.C.*, 1990, p. 375 ; G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 229 avec les références citées.

³³⁵ M. HENRION, C. VAN BUGGENHOUT, « La vente des immeubles de gré à gré : article 1193ter du Code judiciaire », *R.D.C.*, 1990, p. 375 ; G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 229.

³³⁶ M. HENRION, C. VAN BUGGENHOUT, « La vente des immeubles de gré à gré : article 1193ter du Code judiciaire », *R.D.C.*, 1990, p. 376 et G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 229 avec les références citées.

³³⁷ Voy. M. HENRION, C. VAN BUGGENHOUT, « La vente des immeubles de gré à gré : article 1193ter du Code judiciaire », *R.D.C.*, 1990, p. 376 et G. DE LEVAL, F. HERINCKX, « Ventes judiciaires d'immeubles », *Tome VII. La vente*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 229-231 avec les références citées. Voy. pour un cas d'application : Anvers, 29 septembre 2011, *R.W.*, 2012-2013, pp. 952-953.

³³⁸ M. HENRION, C. VAN BUGGENHOUT, « La vente des immeubles de gré à gré : article 1193ter du Code judiciaire », *R.D.C.*, 1990, p. 382 avec les références citées ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 686.

³³⁹ Voy. M. HENRION, C. VAN BUGGENHOUT, « La vente des immeubles de gré à gré : article 1193ter du Code judiciaire », *R.D.C.*, 1990, p. 376. Voy. pour des cas d'application : Comm. Charleroi, 19 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 608 et s. ; Liège, 23 octobre 2007, *Rev. not. b.*, 2008, liv. 3024, pp. 627 et s., obs.

La cour d'appel de Liège, dans son arrêt du 13 juin 1986³⁴⁰, marque sa préférence en faveur d'un pouvoir de décision. Par conséquent, elle estime que le curateur ne dispose pas de pouvoir pour vendre de gré à gré à défaut d'autorisation préalable. La cour d'appel de Gand adopte la même position dans son arrêt du 8 mars 1989³⁴¹. Cette thèse fut également suivie par le tribunal de commerce de Charleroi. Dans son jugement du 19 novembre 1997³⁴², le tribunal indique que l'article 1193ter du Code judiciaire « soumet la vente de gré à gré à l'autorisation préalable et non à l'homologation (...) la vente conclue par le curateur et un tiers 'sous réserve de l'autorisation du tribunal de commerce' doit donc être considérée comme nulle ». Cette décision confirme la position déjà adoptée dans un précédent jugement du 13 mars 1986³⁴³. L'arrêt plus récent de la cour d'appel de Liège du 23 octobre 2007 adopte la même position : « Ce n'est qu'après cette autorisation qu'il appartient au curateur de conclure la vente (...). Le tribunal n'est dès lors pas lié par un accord conclu avant sa décision et apprécie souverainement où se situe l'intérêt de la masse au moment où il statue »³⁴⁴. I. Verougstraete entend introduire quelques nuances : « la décision du tribunal s'apparente à une homologation en ce sens qu'il ratifie souvent un accord du curateur et de l'acquéreur. Mais formellement le tribunal n'est pas lié par les accords conclus par le curateur »³⁴⁵.

114. Conduite à adopter par le curateur. Au vu de la nature des pouvoirs conférés au tribunal de commerce, le curateur évitera de conclure des ventes sous condition suspensive de l'autorisation du tribunal. Il s'engagera par le biais d'accords préalables à « défendre l'offre qui lui a été faite »³⁴⁶ et « à mettre tout en œuvre pour soumettre la vente conclue à l'appréciation du tribunal dans les meilleurs délais »³⁴⁷.

Sous-section 3. Nullité du contrat de cautionnement à titre gratuit

115. Mise en situation. Le contrat de cautionnement n'est pas spécifique à la matière de la faillite. La non-exécution de ses obligations par le débiteur, pratiquement toujours inévitable en cas de faillite, incite généralement le créancier à se retourner contre la caution devant le tribunal de première instance³⁴⁸ ou le tribunal de commerce. Il est donc fréquent, parallèlement à la faillite proprement dite, qu'interviennent des discussions qui tiennent au cautionnement. C'est la raison pour laquelle nous nous permettons, dans cette contribution consacrée à la faillite et au contrat, quelques brèves considérations sur ce type de sûretés personnelles.

³⁴⁰ Liège, 13 juin 1986, *R.D.C.*, 1989, p. 496.

³⁴¹ Gand, 8 mars 1989, *R.D.C.*, 1990, p. 444.

³⁴² Comm. Charleroi, 19 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 608 et s.

³⁴³ Comm. Charleroi, 13 mars 1986, *R.D.C.*, 1987, p. 391.

³⁴⁴ Liège, 23 octobre 2007, *Rev. not. b.*, 2008, liv. 3024, p. 627 et s., obs.

³⁴⁵ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 686.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ M. HENRION, C. VAN BUGGENHOUT, « La vente des immeubles de gré à gré : article 1193ter du Code judiciaire », *R.D.C.*, 1990, p. 386.

³⁴⁸ Voir devant la justice de paix.

116. Base légale. La loi du 3 juin 2007³⁴⁹ a instauré un formalisme protecteur de la partie faible au contrat de cautionnement : la caution à titre gratuit³⁵⁰. Les dispositions des articles 2043bis à 2043octies insérées dans le Code civil viennent désormais au secours de la caution à titre gratuit dans les limites du champ d'application de la loi. Notre étude se limitera à l'analyse des articles 2043quinquies et sexies³⁵¹.

117. Pouvoir de nullité. L'article 2043quinquies exige, pour que le contrat soit valablement formé, le respect de conditions de fond et de forme. Le contrat de cautionnement à titre gratuit est ainsi transformé en un contrat solennel.

L'article 2043quinquies porte que :

« § 1er. Sous peine de nullité, le contrat de cautionnement au sens du présent chapitre doit faire l'objet d'un contrat écrit distinct du contrat principal.

§ 2. La durée de l'obligation principale doit être indiquée dans l'acte de cautionnement, et en cas de cautionnement d'une obligation principale conclue à durée indéterminée, le contrat de cautionnement ne peut être d'une durée supérieure à cinq ans.

§ 3. Sous peine de nullité, le contrat de cautionnement doit au moins comporter les mentions suivantes, écrites de la main de la caution :

« en me portant caution de ... dans la limite de la somme de ... [en chiffres] couvrant le paiement du principal et en intérêts pour une durée de ..., je m'engage à rembourser au créancier de ... les sommes dues sur mes biens et sur mes revenus si, et dans la mesure où, ... n'y satisfait pas lui-même (...) ».

L'article 2043sexies a, quant à lui, vocation à limiter l'étendue de l'engagement de la caution. Une condition de fond relative à la validité du contrat est stipulée en ces termes :

« § 1er. Sous peine de nullité, lorsque la caution au sens de l'article 2043bis garantit une dette déterminée, l'étendue du cautionnement se limite à la somme indiquée au contrat, augmentée des intérêts au taux légal ou conventionnel sans toutefois que ces intérêts ne soient supérieurs à 50 % du montant principal.

§ 2. Sous peine de nullité, il ne peut être conclu de contrat de cautionnement dont le montant est manifestement disproportionné aux facultés de remboursement de la caution, cette faculté devant s'apprécier tant par rapport à ses biens meubles et immeubles que par rapport à ses revenus ».

La nullité du contrat devra être sollicitée devant les cours et tribunaux³⁵². Ces derniers pourront frapper de nullité les contrats de cautionnement à titre gratuit conclus en violation des articles 2043quinquies et sexies du Code civil.

³⁴⁹ Loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit, *M.B.*, 27 juin 2007.

³⁵⁰ Voy. L. DU JARDIN, « Vers un droit commun des garanties personnelles. La loi relative au cautionnement à titre gratuit », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 207-215 ; S. PARMENTIER, « Le cautionnement à titre gratuit », in X, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Liège, Anthemis, 2011, pp. 150-156.

³⁵¹ Voy. A. DE WILDE, « De kosteloze persoonlijke zekerheidsteller in het insolventie », in X, *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 133-135.

³⁵² Il ne s'agit pas ici nécessairement du tribunal de commerce.

Section 2. Exécution du contrat

118. Aperçu. Bien qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'autorisation, l'intervention du juge au stade de l'exécution du contrat n'est pas négligeable. Saisi d'une action en déclaration d'inopposabilité, il dispose d'un pouvoir d'appréciation à géométrie variable. La matière des sûretés conventionnelles se révèle également extrêmement riche lorsqu'il s'agit d'analyser le pouvoir du juge sur les contrats. La Cour de cassation reconnaît au juge un pouvoir de conversion. Il jouit également de larges pouvoirs en matière de sûretés personnelles à titre gratuit. Ces problématiques font l'objet d'une contribution à part entière dans le présent ouvrage³⁵³. Nous en esquisserons les grandes lignes directrices au vu de leur proximité avec le droit de la faillite. Le lecteur avisé constatera aisément que les observations y relatives dépassent le ressort du tribunal de commerce.

Sous-section 1. Décision sur l'action en inopposabilité

119. Un pouvoir d'appréciation à plusieurs vitesses. Le juge, dans le cadre d'une procédure de faillite, peut être saisi par le curateur d'une action en déclaration d'inopposabilité (voy. *supra* n° 25 et s.). Nous avons vu qu'il importait de distinguer les inopposabilités de droit et les inopposabilités facultatives. Le pouvoir d'appréciation du tribunal est en effet tributaire de cette distinction. Si l'inopposabilité qui lui est soumise est de droit, le juge est tenu de la prononcer sous réserve qu'il s'agisse bien d'un des actes visés à l'article 17 de la loi³⁵⁴. À l'inverse, si l'inopposabilité est facultative, le juge ne sanctionnera l'acte énuméré aux articles 18 et 19, alinéa 2 de la loi, que si le curateur rapporte la preuve qu'il a été posé au détriment de la masse et que le partenaire du failli avait connaissance de la cessation de paiement³⁵⁵⁻³⁵⁶. En outre, le tribunal qui doit statuer sur l'action paulienne fondée sur l'article 20 de la loi sur les faillites devra vérifier la réunion de quatre conditions. La réussite de l'action exige : l'antériorité de la créance, un préjudice dans le chef du créancier, la fraude du débiteur et la complicité du tiers contractant (uniquement pour les contrats à titre onéreux)³⁵⁷. Enfin, il arrive que le curateur se prévale à l'égard d'un cocontractant du failli d'une inopposabilité étrangère au droit de la faillite, par exemple, le non-respect des formalités de publicité. Dans cette dernière hypothèse, le pouvoir du juge se limite à la vérification du respect des conditions d'opposabilité aux tiers de l'acte.

120. Un pouvoir de neutralisation. Le tribunal qui fait droit à l'action introduite par le curateur sur la base des articles 17 à 20 de la loi sur les faillites frappe l'acte visé d'inopposabilité. C'est la masse des créanciers qui profite de l'inopposabilité.

³⁵³ Nous y renvoyons le lecteur.

³⁵⁴ « La demande en inopposabilité sera néanmoins déclarée infondée s'il est établi que l'acte litigieux n'a pas causé de préjudice à la masse des créanciers, la charge de cette preuve reposant sur le défendeur à l'action en inopposabilité » (F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 259).

³⁵⁵ « Même quand le curateur établit que l'acte a été accompli en période suspecte au préjudice de la masse par un créancier conscient de la cessation des paiements de son débiteur, le tribunal reste libre d'apprécier l'opportunité de prononcer ou non l'opposabilité » (F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 276 avec les références citées).

³⁵⁶ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 258.

³⁵⁷ Voy. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 279-282.

Elle voit les biens sortis frauduleusement (ou à tout le moins leur valeur) réintégrés dans la masse³⁵⁸. L'action paulienne peut, de surcroît, conduire à l'octroi de dommages et intérêts³⁵⁹. Par contre, l'acte litigieux demeure valable entre parties, à savoir le failli et son cocontractant³⁶⁰.

Sous-section 2. Le pouvoir de conversion

121. Un pouvoir de conversion. La conversion constitue un exemple parmi d'autres des pouvoirs du juge lorsqu'il est confronté à une sûreté conventionnelle. L'inopposabilité de la cession à titre de garantie et sa conversion en gage a fait couler beaucoup d'encre³⁶¹.

122. Conversion en gage de la cession de créance à titre de garantie. La Cour de cassation, dans son arrêt du 3 décembre 2010³⁶², s'est prononcée sur l'opposabilité de la cession de créance à titre de garantie lors de la survenance d'une situation de concours. Notre Cour suprême refuse de reconnaître l'opposabilité aux créanciers de la convention de cession de créance à titre de sûreté. La sanction est dictée par une approche fonctionnelle du droit des sûretés³⁶³ : « La cession de créance à titre de sûreté devait donc être rétrogradée, réduite à (ou convertie en) une mise en gage de cette dernière (...) »³⁶⁴. Un véritable pouvoir de conversion est ainsi reconnu aux cours et tribunaux. C'est cette solution qui fut retenue par notre législateur dans la loi du 11 juillet 2013³⁶⁵ : « Une cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage sur la créance cédée »³⁶⁶.

Sous-section 3. Le contrat de cautionnement à titre gratuit

123. Une double protection³⁶⁷. La caution à titre gratuit bénéficie d'une protection tant au niveau de la formation du contrat (voy. *supra* n° 115 à 117) que de son

³⁵⁸ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 440.

³⁵⁹ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 283.

³⁶⁰ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 282 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 440.

³⁶¹ I. PEETERS, note sous Cass., 3 décembre 2010, *Dr. banc. fin.*, 2011, liv. 2, p. 120 et s. ; V. SAGAERT, note sous Cass., 3 décembre 2010, *NjW*, 2010, liv. 233, pp. 834 et s. ; F. GEORGES, note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, liv. 10, p. 497 ; R. FRANSIS, note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.W.*, 2010-2011, liv. 28, p. 1177 et s. ; M. GRÉGOIRE, L. CZUPPER, note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.D.C.*, 2011, liv. 9, p. 866 et s.

³⁶² Cass., 3 décembre 2010, *Dr. banc. fin.*, 2011, liv. 2, p. 120, note I. PEETERS, *Ius et Actores*, 2011, liv. 2, p. 261, *NjW*, 2010, liv. 233, p. 834, note V. SAGAERT, *Pas.*, 2010, liv. 12, p. 3094, *R.W.*, 2010-2011, liv. 28, p. 1177, note R. FRANSIS, *R.G.D.C.*, 2011, liv. 10, p. 497, note F. GEORGES, *R.D.C.*, 2011, liv. 9, p. 866, note M. GRÉGOIRE, L. CZUPPER.

³⁶³ F. GEORGES, « L'inopposabilité atténuée en cas de concours de la cession de créance à titre de garantie », note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, liv. 10, pp. 498-503.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 503.

³⁶⁵ Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013.

³⁶⁶ Nouvel article 62 du Titre XVII du livre III du Code civil.

³⁶⁷ Le champ d'application et les modalités des deux mécanismes protecteurs ne sont toutefois pas identiques.

exécution. En termes de validité du contrat, la loi du 3 juin 2007 impose le respect de conditions de forme et de conditions de fond³⁶⁸. Parmi ces conditions de fond, on trouve l'article 2043^{sexies} du Code civil qui exige l'absence de disproportion manifeste du montant du cautionnement par rapport au patrimoine et aux revenus de la caution. Une seconde protection est envisageable par le mécanisme de la décharge des sûretés personnelles à titre gratuit instauré par l'article 80, alinéa 3 de la loi sur les faillites. La décharge ne jouera toutefois qu'ultérieurement, au stade de l'exécution du contrat, et uniquement en cas de faillite du débiteur principal.

124. La décharge de la sûreté personnelle à titre gratuit. L'article 80, alinéa 3 prévoit que « sauf lorsqu'elle a frauduleusement organisé son insolvabilité, le tribunal décharge en tout ou en partie la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli lorsqu'il constate que son obligation est disproportionnée à ses revenus et à son patrimoine ». La décharge n'a lieu que si l'engagement de la sûreté personnelle³⁶⁹ est disproportionné par rapport à ses revenus et à son patrimoine³⁷⁰. Elle suppose une déclaration qui atteste que son obligation est disproportionnée à ses revenus et à son patrimoine au greffe du tribunal de commerce³⁷¹.

125. Effets³⁷². La décharge peut être totale ou partielle en fonction de la disproportion entre l'engagement de la caution d'une part et ses revenus et son patrimoine d'autre part. Elle ne vise que les obligations du garant existant au jour du jugement sur la décharge³⁷³. Elle fait disparaître la dette de la caution, mais n'a d'effet que pour l'avenir. Si la caution a payé une partie de la dette entre le jugement déclaratif et la décision de décharge, le créancier ne sera pas tenu de rembourser ce paiement partiel³⁷⁴. La décision de décharge totale ou partielle permet, une fois encore, au juge de s'ingérer dans la convention conclue par les parties pour en diminuer voire en supprimer les effets.

³⁶⁸ C. BIQUET-MATHIEU, S. NOTARNICOLA, « La protection des sûretés personnelles dites faibles-Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », *Sûretés et procédures collectives*, Liège, Anthémis, 2008, p. 42.

³⁶⁹ Le terme sûreté personnelle ne vise pas uniquement les cautions. Sa portée est plus large.

³⁷⁰ C. BIQUET-MATHIEU, S. NOTARNICOLA, « La protection des sûretés personnelles dites faibles-Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », *Sûretés et procédures collectives*, Liège, Anthémis, 2008, p. 90.

³⁷¹ Article 72bis de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

³⁷² Voy. A. CHAMBEROD, « Actualité sur quelques points choisis », in X, *Actualité du droit des procédures collectives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 23-24 ; P. CAVENAILE, T. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », in X, *Sûretés et procédures collectives*, CUP Vol. 100, Liège, Anthémis, 2008, pp. 126-143.

³⁷³ P. MOREAU, « La loi du 25 juillet 2005 et la décharge des personnes qui se sont constituées sûretés personnelles. Nouvelles interrogations ? », *R.G.D.C.*, 2006, p. 157.

³⁷⁴ *Ibid.* ; M. LAMENSCH, note sous Mons, 30 mai 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 505 ; A. CHAMBEROD, « Actualité sur quelques points choisis », in X, *Actualité du droit des procédures collectives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 23-24 ; P. CAVENAILE, T. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », in X, *Sûretés et procédures collectives*, CUP Vol. 100, Liège, Anthémis, 2008, p. 143.

126. La suspension des voies d'exécution. L'article 24bis de la loi sur les faillites prévoit en outre qu'entre le jugement déclaratif de faillite et la clôture de la faillite, les voies d'exécution à l'égard de la sûreté personnelle sont suspendues. Cette mesure s'avérerait indispensable pour maintenir l'effet utile de l'article 80, alinéa 3 de la loi sur les faillites et éviter la course à la caution. La faillite aura donc également une influence sur des contrats auxquels le failli n'est pas partie.

Section 3. Dissolution du contrat

127. Aperçu. L'article 46 de la loi sur les faillites pose en principe la poursuite des contrats en cours malgré la survenance de la faillite. L'affirmation de ce principe laisse déjà présager les pouvoirs limités dont dispose le tribunal de commerce sur la dissolution des contrats. Le tribunal exerce toutefois un contrôle *a posteriori* sur le pouvoir de résiliation conféré au curateur. Au demeurant, les mécanismes d'excusabilité du failli et de décharge totale de la caution pourraient s'assimiler, à bien des égards, à la mort du contrat. Ces décisions d'excusabilité et de décharge ressortissent à la compétence du tribunal de commerce.

Sous-section 1. Le contrôle *a posteriori* du pouvoir de résiliation du curateur

128. Pouvoir de résiliation controversé du curateur (voy. *supra* n° 50 à 53). Une partie importante de la doctrine préfère se prononcer en faveur d'un droit de résiliation limité du curateur³⁷⁵. Le droit de résiliation est assorti de limites sévères et strictes³⁷⁶. Une telle interprétation se justifie principalement par la portée de l'expression « lorsque l'administration de la masse le requiert » délimitée par notre Cour suprême dans son arrêt du 10 avril 2008³⁷⁷.

129. Contrôle *a posteriori* des cours et tribunaux. Les limites strictes fixées par la Cour constitueront probablement un régulateur voire un frein pour le curateur, qui redoublera de prudence lors de l'application de l'article 46. Les cours et tribu-

³⁷⁵ G. CARNOY, « La Cour de cassation précise l'article 46 LF », <http://www.businessandlaw.be/article1356.html> ; J. DERYCKERE, « Het recht van de curator om lopende overeenkomsten te beëindigen – Het Hof van Cassatie zet de deur die het zelf wijd had geopend terug op een kiet », note sous Cass., 10 avril 2008, *D.A.O.R.*, 2008, pp. 246-249 ; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868 ; T. HÜRNER, N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. ULg*, 2009, p. 222 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479.

³⁷⁶ T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 347.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 348 ; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868 ; T. HÜRNER, N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. ULg*, 2009, p. 222 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479.

naux apprécieront également *a posteriori* la régularité de la résiliation opérée par le curateur dans les limites fixées par les arrêts de notre Cour suprême³⁷⁸.

Sous-section 2. L'excusabilité du failli³⁷⁹

130. Une innovation : le *fresh start*³⁸⁰. L'innovation majeure introduite par la loi du 8 août 1997 consiste en l'introduction d'un régime favorable d'excusabilité du failli. L'objectif est d'éviter que les faillis ne doivent, durant toute leur vie, céder tout revenu saisissable ou tout bien qu'ils acquièrent à leurs créanciers³⁸¹.

131. Description du mécanisme instauré par le législateur. À l'heure actuelle, l'excusabilité du failli signifie que le failli malheureux et de bonne foi « ne peut plus être poursuivi par ses créanciers après la clôture de la faillite »³⁸². Le législateur a voulu donner une seconde chance au failli, en le déchargeant de son passif lorsque les circonstances le justifient, pour lui permettre de redémarrer, de reprendre son activité à zéro.

132. Champ d'application. Premièrement, le champ d'application de l'excusabilité se limite aux personnes physiques faillies³⁸³. Les personnes morales sont exclues du régime.

Deuxièmement, l'article 80, alinéa 2, § 2 prévoit que la personne physique faillie ne peut être excusée que si elle est malheureuse et de bonne foi et s'il n'existe pas de circonstances graves justifiant une dérogation. La condition est donc double.

³⁷⁸ Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 241-245 ; Cass., 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1588 et s., *Trib. Not.*, 2009, p. 201, note F. BOUCKAERT.

³⁷⁹ Voy. P. HENFLING, « Excusabilité du failli : faut-il déclarer le législateur excusable ? », in X, *Le tribunal de commerce : un acteur de la vie économique*, Liège, Éditions du jeune barreau de Liège, 2003, pp. 149-169 ; A. CUYERS, « De verschoonbaarheid van de gefailleerde en de positie van echtgenoot en borgen in de gerepareerde Faillissementswet », *R.D.C.*, 2003, pp. 267 et s. ; F. T'KINT, W. DERIJCKE, « Excusabilité du failli et sort de la caution : quand le cautionnement survit à l'extinction de la dette garantie », in X, *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 429 et s. ; P. HENFLING, J. WILLEMS, « Excusabilité et décharge de la caution », in X, *Droit de la faillite : actualités 2005*, Liège, ASBL Éditions du jeune barreau de Liège, 2005, pp. 30-36 ; A. CHAMBEROD, « Actualité sur quelques points choisis », in X, *Actualité du droit des procédures collectives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 2-14 ; B. INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », *R.D.C.*, 2007, pp. 307-315 ; P. CAVENAILE, T. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », in X, *Sûretés et procédures collectives*, CUP Vol. 100, Liège, Anthémis, 2008, pp. 102-120 ; C. MUSCH, « Faillite et règlement collectif de dettes : excusabilité versus remise de dettes », *R.F.D.L.*, 2012, pp. 533 et s.

³⁸⁰ Voy. I. VEROUSTRATE, « Du *fresh start* à l'excusabilité », in X, *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 545-569.

³⁸¹ X, « Déclaration d'excusabilité et 'cautions de bienfaisance' », *Bilan*, 2001, liv. 414, p. 1.

³⁸² P. JEHASSE, *La faillite*, Liège, Edipro, 2006, p. 145 ; P. CAVENAILE, T. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », in X, *Sûretés et procédures collectives*, CUP Vol. 100, Liège, Anthémis, 2008, pp. 110-113.

³⁸³ Voy. article 81 de la loi sur les faillites.

D'une part, le failli doit être malheureux et de bonne foi ce qui implique une certaine latitude laissée aux tribunaux qui statueront sur base d'un faisceau d'éléments³⁸⁴. D'après les travaux préparatoires, la notion de bonne foi « s'identifie au fait de s'être correctement comporté avant et pendant le cours de la faillite »³⁸⁵. D'autre part, il ne doit pas exister de circonstances graves justifiant de refuser l'excusabilité³⁸⁶.

133. Procédure. La décision d'excusabilité est prononcée par le tribunal de commerce soit à l'occasion de la clôture de la faillite, soit, lorsque demande en est faite par le failli, dans un délai de six mois à dater du jugement déclaratif de faillite. Ce délai doit permettre à la fois au tribunal de recueillir suffisamment d'informations sur la faillite et à la fois au failli d'éviter d'attendre pendant de longues années une décision d'excusabilité.

134. Effets : suspension de l'exigibilité des dettes du failli³⁸⁷. Dans le cas où le failli est déclaré excusable, il ne pourra plus être poursuivi par ses créanciers³⁸⁸. L'excusabilité n'éteint pas les dettes du failli, elle ne fait qu'en suspendre l'exigibilité et n'a d'effet que pour l'avenir. On perçoit ici clairement une atteinte à la force obligatoire des conventions.

Rien ne s'oppose toutefois à ce que le failli s'exécute volontairement³⁸⁹. Le cas échéant, s'il paye une dette due, le failli ne pourra la réclamer par une action ultérieure³⁹⁰.

En revanche, si le failli n'est pas déclaré excusable, ses créanciers recouvreront leur droit individuel de poursuite à son encontre.

« L'excusabilité porte sur toutes les dettes du failli y compris fiscales et privées qui sont nées au moment du jugement déclaratif de faillite³⁹¹ à l'exception toutefois des dettes alimentaires et de celles qui résultent de dommages liés au décès

³⁸⁴ P. JEHASSE, *La faillite*, Liège, Edipro, 2006, p. 148.

³⁸⁵ Projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 1132/001, pp. 13-14.

³⁸⁶ P. CAVENAILE, T. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », in X, *Sûretés et procédures collectives*, CUP Vol. 100, Liège, Anthémis, 2008, p. 110.

³⁸⁷ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 371.

³⁸⁸ B. INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », *R.D.C.*, 2007, p. 315 ; C. MUSCH, « Faillite et règlement collectif de dettes : excusabilité versus remise de dettes », *R.F.D.L.*, 2012, p. 540.

³⁸⁹ F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 371.

³⁹⁰ A. CHAMBEROD, « Actualité sur quelques points choisis », in M. GRÉGOIRE, *Actualité du droit des procédures collectives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 8.

³⁹¹ « L'excusabilité porte sur les dettes existant au jour du jugement déclaratif de faillite et non au jour du jugement accordant l'excusabilité » (C. MUSCH, « Faillite et règlement collectif de dettes : excusabilité versus remise de dettes », *R.F.D.L.*, 2012, p. 541) ; Voy. Cass., 5 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 11, *Pas.*, 2007, I, p. 1709.

ou à l'atteinte à l'intégrité physique que le failli a causés par sa faute »³⁹². Il s'agit des deux seules exclusions prévues par le législateur.

135. Extension des effets de l'excusabilité au conjoint (ou ex-conjoint) du failli³⁹³. Le sort du conjoint du failli est irrémédiablement lié à celui de son époux. Conformément à l'article 82, alinéa 2, le conjoint du failli qui est personnellement obligé à la dette de son époux, que ce soit par l'effet de dispositions légales ou par sa propre volonté, est libéré par l'excusabilité de celui-ci. Cette faveur est automatique et n'est soumise à aucune condition. Par contre, en cas de décision d'inexcusabilité, le conjoint subira les conséquences de cette décision et ne pourra être libéré.

Sous-section 3. La décharge de la sûreté personnelle à titre gratuit

136. Rappel. L'article 80, alinéa 3 de la loi sur les faillites ouvre à la sûreté personnelle dont l'obligation est disproportionnée par rapport à ses revenus et son patrimoine le droit de solliciter sa décharge en déposant au greffe du tribunal de commerce la déclaration visée à l'article 72bis de la loi. Il appartient au tribunal de commerce de statuer sur la question de la décharge.

137. Décharge totale³⁹⁴. La décharge prononcée par le tribunal peut être soit partielle soit totale. Dans le second cas, la sûreté personnelle à titre gratuit se verra libérée de ses engagements. La dette est éteinte pour l'avenir³⁹⁵. Partant, la décharge totale pourrait s'assimiler à la mort du contrat. Le sort du contrat n'est toutefois pas réglé par la loi. La doctrine et la jurisprudence semblent également éluder la question. On perçoit bien le pouvoir exorbitant dont bénéficie le tribunal par rapport à l'application des principes du droit des obligations contractuelles.

138. La décharge visée à l'article 63, alinéa 2. L'article 63, alinéa 2 de la loi sur les faillites instaure un autre cas de décharge. Lorsque le créancier qui jouit d'une sûreté personnelle à titre gratuit omet de l'énoncer dans sa déclaration de créance ou, au plus tard, dans les six mois de la date du jugement déclaratif de faillite³⁹⁶, cette sûreté est purement et simplement déchargée de ses obligations. La décharge est automatique³⁹⁷.

³⁹² P. JEHASSE, *La faillite*, Liège, Edipro, 2006, p. 152 ; P. CAVENAILE, T. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », in X, *Sûretés et procédures collectives*, CUP Vol. 100, Liège, Anthémis, 2008, pp. 112 et s. ; article 82, al. 2 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.

³⁹³ Voy. P. CAVENAILE, T. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », in X, *Sûretés et procédures collectives*, CUP Vol. 100, Liège, Anthémis, 2008, pp. 120 et s.

³⁹⁴ B. INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », *R.D.C.*, 2007, pp. 316 et s. ; C. MUSCH, « Faillite et règlement collectif de dettes : excusabilité *versus* remise de dettes », *R.F.D.L.*, 2012, p. 547 et s.

³⁹⁵ B. INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », *R.D.C.*, 2007, p. 327 ; C. MUSCH, « Faillite et règlement collectif de dettes : excusabilité *versus* remise de dettes », *R.F.D.L.*, 2012, p. 548.

³⁹⁶ Sauf si la faillite est clôturée plus tôt (article 63 de la loi du 8 août 1997).

³⁹⁷ B. INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », *R.D.C.*, 2007, p. 325.

CONCLUSION

139. Conclusion. « Les parties déterminent librement le contenu du contrat au gré de leurs intérêts respectifs »³⁹⁸, « les conventions légalement formées font la loi des parties » : l'affirmation de ces grands principes du droit des obligations contractuelles n'est pas aussi catégorique lorsque survient une faillite. Les acteurs de cette situation de concours par excellence que sont le curateur, le juge-commissaire et le tribunal de commerce disposent de larges pouvoirs qui viennent heurter de plein fouet la « loi des parties ».

Premièrement, le curateur, suite au dessaisissement du failli, sera amené à gérer les biens du failli et à conclure de nouveaux contrats. La conclusion de certains d'entre eux sera parfois soumise à l'autorisation préalable du juge-commissaire ou devra être homologuée par le tribunal. Le cas échéant, le curateur remettra en cause la validité des contrats conclus par le débiteur. De plus, un contrat valablement conclu n'empêche pas le curateur d'exercer en aval, au stade de l'exécution du contrat, une action en inopposabilité. Il dispose à cet égard d'un droit d'initiative et d'un monopole. De même, le curateur pourra se prévaloir de l'inefficacité de certaines clauses du contrat suite à la survenance de la faillite. La dissolution du contrat n'échappe également pas à l'emprise du curateur. Un pouvoir de résiliation limité lui est majoritairement reconnu sur la base de l'article 46 de la loi sur les faillites.

Deuxièmement, le juge-commissaire se voit attribuer une mission de surveillance et de contrôle qui se concrétise principalement par une tutelle d'autorisation. Tout d'abord, la formation des contrats de transaction de faible importance ainsi que des contrats de vente d'actifs sujets à déperissement ou coût de conservation élevé sera subordonnée à son autorisation. Le juge-commissaire jouera également un rôle consultatif lors de la liquidation des actifs. Ensuite, son accord sera indispensable à l'exécution de certains contrats notamment en matière de revendication ou lorsqu'il s'agit de retirer un gage ou d'exiger une livraison moyennant paiement. Troisièmement, le tribunal de commerce veillera à chapeauter l'édifice. Au stade de la conclusion du contrat, il disposera à la fois d'un pouvoir d'autorisation et d'homologation. Ensuite, le tribunal, saisi d'une action en inopposabilité, jouira d'un pouvoir d'appréciation à géométrie variable. Sa marge de manœuvre au stade de l'exécution dépassera ce seul volet. Il bénéficiera notamment de la faculté de convertir une cession de créance à titre de garantie en gage ainsi que de décharger partiellement de ses obligations une sûreté personnelle à titre gratuit. Enfin, un pouvoir de contrôle *a posteriori* sur la dissolution du contrat incombe au tribunal. C'est également sur cette juridiction que reposera la décision d'excusabilité du failli et celle de la décharge totale de la sûreté personnelle à titre gratuit. Le rôle et la marge de manœuvre de ces trois agents de la faillite sur le contrat démontrent à quel point, en droit de l'insolvabilité, le contrat échappe à de nombreux égards à l'emprise des parties. Le contrat n'est plus uniquement le lien juridique qui existe entre deux partenaires, il devient un outil au service de l'intérêt des créanciers, de l'intérêt général et de l'économie dans son ensemble.

³⁹⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 127.